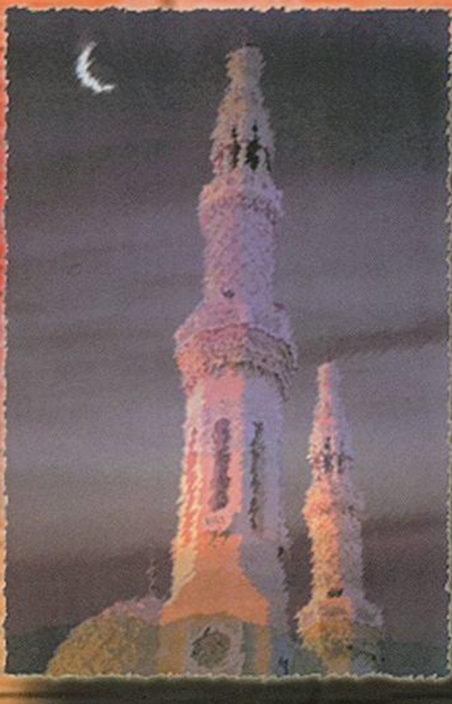
مركز المقريزي للدراسات التاريخية

إثبات جريمة القتل العمد

دراسة في الفقه الجنائي المقارن



تأليف

د. هاني السباعي

مركز المقريزي للدراسات التاريخية

إثبات جريمة القتل العمد

دراسة مقارنة في الفقه الجنائي المقارن

د. هاني السباعي

دكتوراه في الفقه الجنائي المقارن

الطبعة الأولى
لندن
1427هـ 2006م

مركز المقريزي للدراسات التاريخية

hanisibu@hotmail.com

أصل هذا الكتاب رسالة دكتوراة نوقشت ومنح بموجبها المؤلف درجة الدكتوراه من الجامعة العالمية للعلوم الإسلامية بالمملكة المتحدة مع خالص الشكر والتحية لإدارة الجامعة.

اسم المؤلف:
هاني السيد السباعي يوسف
الشهير بـ هاني السباعي.
عنوان الكتاب:
اثبات جريمة القتل العمد (دراسة مقارنة في الفقه الجنائي المقارن)
الناشر:
مركز المقريزي للدراسات التاريخية ـ لندن
تاريخ النشر:
1427هـ - 2006م.
الطبعة الأولى.
بريد إلكتروني:
hanisibu@hotmail.com
موقع المقريزي على الشبكة الدولية:
www.almaqreze.net

بسم الله الرحمن الرحيم

(مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرائيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأرْضِ فَكَأَنَّما قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيراً مِنْهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الأرْضِ لَمُسْرِفُونَ) [1]

(يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ) [2]

[11] المائدة: آية 32.
[2] ص: 26.

شكر وتقدير خاص

أتقدم بخـالص الشكر والتقدير لحرمنـا المصـون زوجتـي الفاضـلة أم جهاد على ما بذلته من تقديم يد العون وتحفيزها لي لاتمام هذا البحث رغم ظروفهـا الصـحية - الله أسـأل أن يشـفيها شـفاء لا يغـادر سـقماً - والمشاكل الحياتية التي واجهتها بصبر تؤجر عليه إن شاء الله تعالى، والعقبات التي كانت تحول أحياناً بيني وانهاء هذه الدراسة فكانت نعم المحفز ونعم المعين! فجزاها الله عنـي خيـر الجـزاء وأسـأل الله تعـالى كمـا جمعنـا فـي الـدنيا علـى طريـق الإسـلام وصـحيح الاعتقـاد أن يجمعني وإياها في الآخرة في الفردوس الأعلـى ولـيس ذلـك علـى الله بعزيز. اللهم آمين.

وما أحسن قول القاضي شريح رحمه الله في الثناء على زوجته:

رأيتُ رجالاً يضربون نساءَهم
فشُلتْ يميني يوم تُضرب زينبُ
أأضربها من غير ذنبٍ أتتْ بهِ
فما العدلُ مني ضربُ مَنْ ليس يذنبُ
فزينبُ شمسٌ والنساءُ كواكبٌ
إذا طلعتْ لم يبدُ منهن كوكبُ

"إني رأيت أنه لا يكتب إنسانٌ كتاباً في يومه إلا قال في غده: لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يُستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر"

الأصفهاني

تقديم

تقديم

بقلم/العلامة الدكتور عباس مهاجراني

يعتبر القضاء أعظم أبواب الفقه الإسلامي من الطهارة إلى الديات لأن فصل الخصومات وإقامة العدل والقسط في المجتمع البشري منوط بوجود القوة القضائية، ولأن القضاء من توابع النبوة والإمامة والرئاسة العامة في الدين والدنيا. قال الله سبحانه وتعالى: ((يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلا تَتَّبِعِ الْهَوَى) (ص:26).

ويعتبر بحث إثبات جريمة القتل لدى القاضي وبيان طرق التوصيل إلى الحق أيضاً من أهم مباحث فقه القضاء الإسلامي والفقه الوضعي المدني. ولقد حازت هذه المسألة تلك الأهمية الكبرى البالغة لتعلقها بحياة الإنسان الذي اعتدى عليه بالقتل وقتل النفس المحترمة يعد من كبائر الذنوب، وقتل نفس واحدة ظلماً كقتل الناس جميعاً. قال سبحانه وتعالى (مَنْ قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً)(المائدة:32).

وقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: (لزوال الدنيا أهون على الله من قتل رجل مسلم)(الترمذي/كتاب الديات).

وفي رواية أخرى: (لزوال الدنيا جميعاً أهون على الله من دم يسفك بغير حق) (كنز العمال/ج15ص32).

والله سبحانه وتعالى شرع بعدله وحكمته القصاص وأعطى ولي الدم سلطانا للاقتصاص من القاتل وقال في محكم كتابه ومبرم خطابه:

(وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً فَلا يُسْرِفْ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُوراً)(الاسراء:33).

وقال عز وجل من قائل: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى)(البقرة:178). وقال: (وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ)(البقرة:179).

فإذا وقع القتل ورفع الدعوى إلى القاضي الجامع لشرائط القضاء فعليه أن يستعد للتحقيق والحكم اتباعاً لأمر الله سبحانه حيث قال: ((إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ)(النساء:58)

إن الدعوى من المدعي يحتاج إلى الإثبات وعلى هذا فإن الإثبات أهم شئ لدى القاضي وفي مجلس القضاء. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لاَدَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ) (سنن البيهقي ج10ص353، وعوالي اللئالي ج3ص345).. وعنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: (البينة على من ادّعى واليمين على من ادّعي عليه)(الكافي/القضاء والأحكام).

وهذه المرحلة أخطر مراحل مجلس القضاء ومن مزالّ أقدام القضاة. ومن هنا ينبعث البحث عن طريق الإثبات ونرى شيئاً من الخلاف في طرق الإثبات في الفقه الوضعي والفقه الإسلامي. فالعاملون في الفقه الوضعي الحديث يذكرون الطرق الستة للإثبات وهي الكتابة، الشهادة أو البينة، القرائن، الإقرار، اليمين، والمعاينة. بينما يحضر الفقهاء طرق الإثبات في خمسة وهي: علم القاضي، البينة، اليمين، الإقرار، القرعة. وقد بحث الفقهاء مسألة الإثبات واختلاف المذاهب

والآراء في المجموعات الفقهية العامة كما جاء في جواهر الكلام للفقيه الأعظم الشيخ محمد حسن النجفي الذي اشتمل على الفقه الإسلامي من الطهارة إلى الديات. وكذلك ما جاء في كتاب الوسيط في شرح القانون المدني الجديد لعبد الرزاق السنهوري.

وكتب عدد من المؤلفين رسائل خاصة بالإثبات ومنهما ما قدمه الباحث الفاضل **هاني السيد السباعي يوسف** إلى القراء الكرام. فقد بذل المؤلف جهداً بالغاً في هذا التأليف بأسلوب خاص جمع فيه آراء الفقهاء وقارن بينهما وبين آراء علماء القانون الوضعي وكذلك تعرض لسير وحركة قوانين إثبات جريمة القتل في الأمم والأديان والحضارات السالفة حتى وصل إلى الإسلام وما بلغ إليه العلم التجريبي الحديث ودراسة دلالة البصمات الوراثية والحامض النووي على ارتكاب الجريمة مستعرضاً عبر الكتاب لذكر المصادر والمؤلفين.

وعلى اعتقادي أصبح الكتاب من أهم المصادر للمراجعة وخفف عن أعباء الدارسين والباحثين مراجعة المصادر المختلفة.

وقد أشرفت على هذا التأليف حسب ما حظيت بالفرصة والوقت وناقشه عدد من الفضلاء الباحثين. وحاز المؤلف به الدكتوراه PHD من الجامعة العالمية للعلوم الإسلامية بالمملكة المتحدة. وفقه الله للمضي على البحث والتفقه والإنتاج.

دكتور/ عباس مهاجراني

مقدمة الكتاب

مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وبعد:

لقد وضعت الشريعة الإسلامية منظومة جنائية متكاملة وخاصة في جرائم القتل العمد حيث يقول الله تعالى: (وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنْفَ بِالأَنْفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ)[3]

فعلى الرغم من أن هذه العقوبات كانت في الكتب والأمم السابقة على الإسلام إلا أن الإسلام وضعها في إطارها الصحيح مبتعداً عن الإفراط والتفريط، ووضعت الشريعة الإسلامية قواعد قضائية منضبطة لحماية الطرفين: المتهم من بطش السلطة التنفيذية. وحماية أولياء الدم الذين يطالبون بالقصاص من القاتل.

ونظراً لخطورة هذه الجريمة إذ بموجبها سيتم إزهاق روح إنسان (المتهم) فقد وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط صارمة لتطبيق هذه العقوبة إذ فرقت في مجال طرق الإثبات بين كيفية إثبات جرائم القصاص وبقية الجرائم الأخرى لما يكفله ذلك من ضمانات للمتهم فضلاً عن أن السلطة القضائية أقدر على مراعاة هذه الوسائل وضوابطها.

---

[3] المائدة: آية 45.

لذلك كانت الأحكام المتعلقة بالدماء، مما يحتاط بها، ويحرص على تنفيذها، ولم تترك الشريعة الإسلامية ثغرة تهدر فيها الدماء إلا سدتها، ولا حيلة تستباح بها النفس إلا أغلقتها، ولم تترك تلكم الأنفس والدماء بلا قيود ضابطة ولا حدود فاصلة.

ورغم أن الإقرار هو سيد الأدلة إلا أن الشريعة الإسلامية لم تأخذ بإقرار المتهم على عواهنه بل وضعت شروطاً للتثبت من صحة هذا الإقرار حفاظاً على دماء الناس.. كما أن القوانين الجنائية الحديثة وضعت ضوابط لإقرار المتهم الذي تطلق عليه أيضاً (اعتراف المتهم).. وقد تناولنا أوجه التشابه والاختلاف بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في أقوى أدلة الثبوت الجنائية: الإقرار عندما تعرضنا لهذا الدليل. وتعتبر شهادة الشهود من أدلة الثبوت القوية وقد شدد فقهاء الشريعة الإسلامية على صحة الشهادة المقبولة قضائياً ووضعوا شروطاً صارمة لقبول هذه الشهادة التي تثبت بها الجريمة ومن ثم العقوبة.. لكن شروط الشهادة في الشريعة يختلف إلى حد كبير مع الشروط المنصوص عليها والمعمول بها في القوانين الجنائية الوضعية الحديثة..

وقد أثبت هذه الدراسة مدى دقة الشريعة الإسلامية وحرصها على دماء الناس بل وأسبقيتها على القوانين الوضعية التي تساهلت في هذا الدليل الثبوتي المعمول به في المحاكم الجنائية التي لا تطبق الشريعة الإسلامية.

ثم إنه لا يفوتنا أن نقول إن العلم الحديث قد كشف مجموعة من القرائن والظروف ذات دلالة قوية في مجال إثبات الجريمة مثل البصمات وتحليل الدم، وكلاب الشرطة التي تتعرف على المتهم

بحاسة الشم والأدلة التسجيلية عبر الشرائط السمعية والمرئية والهاتفية وفحص الدم وتحليل الحامض النووي المعروف: DNA كذلك لم تغفل الشريعة الإسلامية أهمية الإثبات بالقرينة وأقامت لها وزناً ومن المعلوم أن القرينة هي واقعة معلومة تستنتج منها واقعة مجهولة بحيث يكون الاستنتاج ضرورياً بحكم اللزوم العقلي وهي تتفاوت قوة وضعفاً. لكن يظل التساؤل مطروحاً: لماذا تشدد فقه الجنايات الإسلامي في إثبات جرائم القصاص بمجرد وجود قرينة؟ بمعنى آخر: هل تكفي القرينة وحدها لإدانة المتهم في جريمة قتل العمد؟ هذا ما أجبنا عليه من خلال استعراض آراء الفقهاء في قضية ثبوت جريمة القتل العمد بوجود قرينة.. وقد تناولنا في القسم الثاني من الفصل الخامس (اللوث) بعض القرائن الحديثة ومدى حجيتها في ثبوت جريمة قتل العمد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

والهدف من هذه الدراسة؛ إبراز محاسن الشريعة الإسلامية وأسبقيتها، وفضلها على القوانين الوضعية الحديثة في مجال طرق إثبات جريمة القتل العمد مع تقديم أنموذج واضح ومبسط لوسائل الإثبات التي تتفق وتختلف فيها الشريعة الإسلامية عن طرق الإثبات في قوانين الإجراءات الجنائية المعمول بها في القوانين الوضعية الجنائية الحديثة.. وهذا ما أثبتناه في هذه الدراسة لنؤكد على حقيقة؛ أن الإسلام منظومة تشريعية كبرى متكاملة تعنى بحياة الإنسان من مهده إلى لحده.. تلكم الحقيقة التي تغفل عنها القوانين الوضعية الحديثة الحائرة في كيفية التصدي للانحراف الإجرامي المتنامي في المجتمعات الحديثة.

وقـد اعتمـدت المـنهج المقـارن بـين الشـريعة الإسـلامية والقـانون الوضـعي؛ ومـن أجـل هـذا قمـت بـالإطلاع علـى كتـب تفسـير القـرآن الكريم المتعلقة والآيات المتعلقة بطرق الإثبات بوجه عام، وطرق الاثبات بوجه خاص في جرائم القتل العمد.. بالإضافة إلى الإطلاع على القواميس والمراجع اللغوية التي تتناول المفردات الهامة في هذا البحث كتعريف الإقراروالشهادة والقسامة واللوث.. كما اطلعت علـى آراء كثيـر مـن علمـاء الإسـلام وأصـحاب المـذاهب الإسـلامية (الأحنـاف /الإماميـة/ الشـافعية / المالكيـة / الحنابلـة / الظاهريـة وغيرهم) في كتبهم ومراجعهم الأصلية؛ أو كتب الفقه المقارن القديم منها والحديث.. وفي المقابل قمت بـالإطلاع علـى قـانون الإجـراءات الجنائية وشروحه للعديد من فقهاء القانون الوضعي.. وأيضاً كتب فقهاء القانون في مجال جرائم القتل العمدي والإيذاء البدني وطرق إثبـات الجريمـة وكيفيـة إدانـة المـتهم وتبرئتـه وقـد ذكرتهـا فـي ثبـت المراجع... وقد اطلعت بفضل الله علـى كثيـر مـن المراجـع التـي لهـا صلة - وإن لم أنقل عنها -بموضوع طرق الإثبات حتى تكتمل خلفية متكاملة تتناسب وموضوع هذه الدراسة. كما أحسب أنني لم أجد أحداً مـن البـاحثين المعاصـرين حسـب اطلاعـي علـى كثيـرمن الرسـائل والكتب المتعلقة بموضوعات مشابهة وهذه الدراسة (طرق إثبات جريمة القتل العمد في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع القانون الوضعي) قد كتب في نفس موضوع رسالتنا لنيل درجة الدكتوراه اللهم إلا بعض النتف المبثوثة في بعض الكتب التي تناولت قضايا الحدود والقتل بصفة عامة، وليس كما تناولته هذه الدراسة ولله الحمد والمنة.

وأود أن أنبه إلى أنني وإن كنت اعتمدت منهج الدراسة المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي فليس معنى ذلك أن الشريعة الإسلامية تستمد قيمتها العلمية من مقارنتها بالقوانين الوضعية المعاصرة بحيث يقال إن ما اتفقت عليه الشريعة الإسلامية فيه مع النظم القانونية المعاصرة كان مظهر تقدم ورقي، وما خالفتها فيه كان دليل تخلف وتقهقر.. فذلك نهج غير علمي يفترض أن القوانين المعاصرة هي مقياس التقدم أو التخلف، ويفترض أنها المثل الأعلى للنظم القانونية وذلك غير صحيح. وإنما تقدر قيمة الشريعة الإسلامية بما استندت إليه من منطق، وما تبنته من قيم، وما استهدفت تحقيقه من مصالح. وإن الدراسة الموضوعية لها، واستظهار نتائج تطبيقها حيث أتيح لها التطبيق يثبت أنه قد توافرت لها جميع هذه العناصر الإيجابية للتقويم وهذا ما أثبته من خلال هذه الدراسة.

أما عن سير هذه الدراسة فقد تناولته على النحو التالي:

الفصل الأول: (التأصيل التاريخي للإثبات الجنائي):

يتناول هذا الفصل التأصيل التاريخي للإثبات الجنائي منذ القدم وفي المجتمعات البدائية والقبلية والمجتمعات المدنية في عدة دول مختلفة على النحو التالي:

(الأول): التأصيل التاريخي للإثبات الجنائي. ويتناول الفقرات التالية:

أولاً: الإثبات الجنائي في المجتمعات البدائية والقبلية القديمة.

ثانياً: الإثبات الجنائي في المجتمعات المدنية القديمة.

ثالثاً: الإثبات الجنائي في القانون الروماني.

رابعاً: الإثبات الجنائي في القانون الإنجليزي.

خامساً: الإثبات الجنائي في القانون الأسباني.
سادساً: الإثبات الجنائي في القانون الفرنسي.
(الثاني): طبيعة الإثبات في الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.
(الثالث): عبء الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

الفصل الثاني: (الإقرار):

نتناول في هذا الفصل الإقرار باعتباره سيد الأدلة وأقواها من أدلة الثبوت؛ نتكلم عن تعريف الإقرار، وحجيته، ومشروعيته، وشروطه في الشريعة الإسلامية، وفي المقابل نتناول الإقرار في القانون الوضعي؛ تعريفه وشروطه . وسنتناول هذا الفصل على النحو التالي:

(الأول):

الإقرار في الفقه الجنائي الإسلامي ويتكون من التالي:
(أ) تعريف الإقرار لغة.
(ب) تعريف الإقرار اصطلاحاً.
(ج) حجية الإقرار.
(د) مشروعية الإقرار.
(هـ) شروط الإقرار في الشريعة الإسلامية.

(الثاني):

الإقرار في القانون الوضعي ويتكون من:
أولاً: تعريف الإقرار في القانون الوضعي.
ثانياً: شروط الإقرار في القانون الوضعي.

الفصل الثالث: (الشهادة):

ويتكون هذا الفصل من من النقاط التالية:

(الأول) تعريف الشهادة:

(أ) تعريف الشهادة في اللغة العربية. (ب) تعريف الشهادة في اصطلاح الفقهاء.

(ج) مستند مشروعية الشهادة.

(الثاني) شروط الشهادة ويتكون من الشروط التالية:

(1): الإسلام.

(2): هل يشترط أن يكون الشاهد رجلاً؟

(3): أن تكون الشهادة مفسرة، مصرحة بالغرض.

هناك بعض المسائل المتعلقة بالشهادة وهي كالآتي:

(أ): الشهادة على الشهادة.

(ب): قضاء القاضي بعلمه الشخصي.

الفصل الرابع: القسامة:

يعرف الفقهاء القسامة بأنها الأيمان المكررة في دعوى القتل التي لا يكون عليها دليل.

ونتناول في هذا الفصل تعريف القسامة لغة واصطلاحاً، ومشروعية القسامة حيث إن هناك رأيين في الفقه الإسلامي؛ الرأي الأول: يرى أن القاسمة جائزة شرعاً. الرأي الثاني: يرى أن القسامة غير جائزة شرعاً. ونتناول كيفية القسامة، وكيفية اختيار أهل القسامة.

ويتكون هذا الفصل من النقاط التالية:

(1) تعريف القسامة.

(2) مشروعية القسامة.

(3) كيفية القسامة.

(4) كيفية اختيار أهل القسامة

(5) النتائج المترتبة على القسامة.

الفصل الخامس: اللــوث:

يعرف بعض الفقهاء اللوث بأنـه: أمـارة أو علامـة يغلـب معهـا الظـن بصدق المدعي.

نتنـاول فـي هـذا الفصـل تعريـف اللـوث، وصـوره. والقسـم الثـاني: نتكلمفيـه عـن وسـائل الإثبـات الحديثـة كتقنيـة علميـة. ويتكـون هـذا الفصل من قسمين:

(الأول): تعريف اللوث:

(ا) تعريف اللوث لغة واصطلاحاً.

(ب) وصوره.

(الثاني): وسائل الإثبات الحديثة كتقنية علمية لتحديد هوية الجناة.

ويتناول هذا القسم النقاط التالية:

(1): بصمة أصابع اليد والقدم:

(2): استعراف الكلب البوليسي:

(3): البصمة الوراثية/الحامض النووي DNA

(4) خصائص البصمة الوراثية:

(5) كيفية تحليل الحامض النووي واستخلاص البصمة الوراثية:

(6) كيفية استخلاص البصمة الوراثية:

(7) تطبيقات البصمة الوراثية في القانون الجنائي:

(8) موقع البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية:

(9) قرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي بشأن البصمة الوراثية:

(10) موقف المجلس الأوروبي من استخدام الحامض النووي في الإثبات الجنائي.

الخاتمة والنتائج:

وفيها خلاصة أهم النتائج التي توصلت إليها في هذه الدراسة.

الفصل الأول

(التأصيل التاريخي للإثبات الجنائي)

الفصل الأول

(التأصيل التاريخي للإثبات الجنائي)

يتناول هذا الفصل التأصيل التاريخي للإثبات الجنائي منذ القدم وفي المجتمعات البدايئية والقبلية والمجتمعات المدنية فيعدة دول مختلفة على النحو التالي:

(الأول): التأصيل التاريخي للإثبات الجنائي. ويتناول الفقرات التالية:

أولاً: الإثبات الجنائي في المجتمعات البدائية والقبلية القديمة.

ثانياً: الإثبات الجنائي في المجتمعات المدنية القديمة.

ثالثاً: الإثبات الجنائي في القانون الروماني.

رابعاً: الإثبات الجنائي في القانون الإنجليزي.

خامساً: الإثبات الجنائي في القانون الأسباني.

سادساً: الإثبات الجنائي في القانون الفرنسي.

(الثاني): طبيعة الإثبات في الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

(الثالث): عبء الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

الأول: التأصيل التاريخي للإثبات الجنائي:

لعل الباعث الذي جعلنا نفرد مبحثاً تمهيدياً لدراسة التأصيل التاريخي للإثبات الجنائي هو أن النظم الحالية للإثبات لم توجد دفعة واحدة، كما وأنها لم تخلق من العدم، بل كانت ثمرة تطور طويل، ونتاج تاريخ حافل فلقد تهذبت، وتشكلت بعد نشأتها بما يتلاءم وحاجة المجتمع الذي تحكمه، حتى وصلت إلينا بحالتها الراهنة.

إن كل مرحلة من مراحل تطور المجتمع تركت بصمتها المميزة على جبين الإثبات الجنائي، وصبغته بصبغة خاصة، تعكس الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية، والدينية، والتاريخية السائدة فيه، ومن هنا تنوعت المراحل التي مر بها الإثبات، وتفردت كل مرحلة بسمة بارزة أصبحت عنواناً لها فمن عصر القوة والانتقام الفردي إلى عصر الاحتكام إلى الآلهة ثم عصر الأدلة القانونية وأخيراً عصر الأدلة الاقتناعية والخبرة.

ومن البديهي أن فهم هذه المراحل التاريخية التي مر بها نظام الإثبات الجنائي، متدرجاً مع سنة التقدم والارتقاء وإدراك مغزاها، يكون أعمق غوراً، وأبعد أثراً إذا ما توفر لنا العلم بكيفية نشأتها، وظروف تطورها، والأسباب التي أدت بها إلى أن تتطور على هذه الوتيرة، والمؤثرات التي تأثرت بها بحيث تشكلت بهذه الصورة.

وقد تناولنا هذا التأصيل التاريخي للإثبات الجنائي على النحو التالي:

(أولاً) الإثبات الجنائي في المجتمعات البدائية والقبلية القديمة:

عرف ابن خلدون البدو المجتمعات البدوية في مقدمته بقوله: "أهل البدو هم المنتحلون للمعاش الطبيعي من الفلح والقيام على الأنعام وأنهم مقتصرون على الضروري من الأقوات والملابس والمساكن وسائر الأحوال والعوائد ومقصرون عما فوق ذلك من حاجي أو كمالي يتخذون البيوت من الشعر والوبر أو الشجر أو من الطين والحجارة غير منجَّدة إنما هو قصد الاستظلال، والكنّ لا ما وراءه وقد يأوون إلى الغيران والكهوف. وأما أقواتهم فيتناولون بها يسيراً بعلاج أو بغير علاج البتة إلا ما مسته النار "[4]

أما علماء الاجتماع في العصر الحديث فقد عرفوا المجتمعات البدائية: " بأنها تلك التي تعتمد حياتها على جمع قوتها، عن طريق التقاط الثمار والأعشاب، وقنص الحيوانات، أو اصطياد الأسماك، ومرحلة الجمع والقنص هي أقدم مراحل التطور البشري، المعروفة لنا. وقد جرت العادة على تسميتها بالعصر الحجري القديم، لأن الإنسان في هذه المرحلة كان يتخذ أدوات من الحجر يستعين بها في قنص الحيوانات"[5]

و في ظل هذا المجتمع البدائي، حيث تتصارع الغرائز ويثور النزاع بين أفراده على ضروريات الحياة لذلك كان البقاء للأقوى جسمانياً وليس للاحتكام إلى سلطة قضائية لأنها لم تكن موجودة أصلاً. فالشخص القوي هو قاضي نفسه، يضع تقديره على الأشياء بناء

---

[4] ابن خلدون: كتاب العبر وديوان المبتدأ والخبر ـ مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ـ بيروت ـ ج1 ـ ص121.

[5] محمود سلام زناتي (الدكتور): تاريخ النظم الإجماعية والقانونية/دار النهضة العربية/القاهرة 1967/ج1ص1.

على ما يراه هو، وهذا التقدير بنى على أن قوة الفرد تنشئ الحق وتحميه.. "ولكن هذه الحالة لا يمكن لها أن تدوم، فلقد أدرك الإنسان البدائي بفطرته أن ما يأتيه أمراً نكراً، وأن الضرر الذي يحيق به، أكثر من النفع الذي يحققه، ولذا بدأ يبحث عن بديل يحتكم إليه، ويتقاضى لديه. ولم يكن هنالك من بديل سوى حكم الدين، وقوة الآلهة"[6]

وقد أكد هذه الحاجة اكتشاف الإنسان الزراعة وتربية الحيوان مما تطلب الأمر التقارب بين الأفراد في شكل جماعات صغيرة كانت النواة الأولى لنشأة القبيلة.

وهذا ما سنعرضه على النحو التالي:

(1) المجتمعات القبلية:

يعرفها علماء الاجتماع: "يطلق على المجتمعات التي تمارس الزراعة البسيطة أو تربية الحيوان اصطلاح المجتمعات القبلية، نظراً إلى أن الزراعة أو الرعي من شأنها إتاحة الفرصة لقدر أكبر من التجمع مما يؤدي إلى ظهور ما يسمى بالقبيلة"[7]

لذلك نجد ابن خلدون يعتبر اهتمام الإنسان بالزراعة سمات أهل الاستقرار: "فمن كان معاشه منهم في الزراعة والقيام بالفلح كان المقام به أولى من الظعن وهؤلاء سكان المدر والقرى والجبال وهم عامة البربر والأعاجم"[8]

---

[6] محمود السقا (الدكتور): تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية - مكتبة القاهرة الحديثة 1974 - ص58.

[7] محمود سلام زناتي: مرجع سابق - ج1 ص75.

[8] ابن خلدون: مرجع سابق - ص121.

وقد يكون وصل هذه المجتمعات الدين إما عن رسول أو لم يصلها أصلاً ومن ثم تلجأ إلى عبادة شئ ما تعتقد أنه إله أو يقربها للإله تجب طاعته: و"في هذه المجتمعات القبلية حيث يسود الاعتقاد في أن (الإله)... ينظر أعمالهم ويرقب سلوكهم، أو يمنعها ويحقق الخصوبة أو يقطعها. وهو الذي يشفي من المرض أو يبتلى به. وهو الذي يطيل الأعمار أو يقصفها. ولذا فهو موضع خشية ومعقد رجاء، ومحل عبادة. فتقام له المحاريب وتقدم القرابين ويتوسل إليه بالدعاء"[9] "فإن من شأن ذلك أن يكون للدين شأن هام في حياة هذه المجتمعات، وقد تمثل ذلك في وسائل الإثبات، التي كانت تفترض تدخل القوى الغيبية لمعاقبة المذنب الذي لا يريد الاعتراف بذنبه أو للمعاونة في كشف الحقيقة. وبدا هذا في اليمين والابتلاء والعرافة"[10] وكانت هذه الوسائل هي اللبنات الأولى لنظام الإثبات الجنائي منذ أقدم العصور.. ومن ثم كانت تتم على النحو التالي:

(أ) اليمين:

"فقد كان (القسم واليمين) دعوة للقوى الغيبية بأن تنزل بالحالف عقاباً إذا كان كاذباً. فهو دعاء على النفس بالشر مقرون بشرط، ويستمد اليمين في المجتمعات القبلية قوته من الاعتقاد الجازم بوجود هذه القوى الغيبية، وبتدخلها الذي لا مناص منه لمعاقبة الحالف كذباً"[11]

---

[9] محمود سلام زناتي: المرجع السابق - ج1 - ص79.

[10] محمود سلام زناتي: المرجع السابق - ج1 - ص 411.

[11] هلال عبداللاه أحمد (الدكتور): النظرية العامة للإثبات الجنائي - دار النهضة العربية - القاهرة - ص35.

(ب) الابتلاء:

"فهو إجراء يخضع لـه من يشتبه في ارتكابه جرماً معيناً، دون أن يقوم في مواجهته دليل كاف لإدانته. ويقصد من هذا الإجراء التوصل إلى معرفة كونه بريئاً أم مذنباً. ويسود الاعتقاد بأن نتيجة الابتلاء لا تتوقف على مجرد المصادفة، وإنما هي تخضع لتوجيه من قبل القوى الغيبية في المجتمعات القبلية؛ نذكر منها على سبيل المثال: إلزام المبتلى بغمس يده في ماء أو زيت مغلي لالتقاط شئ يلقى به في قعر الإناء المحتوى على الماء أو الزيت، أو إلزامه بأن يحمل في يده أو يلصق على بطنه شيئاً محمي في النار، أو الخوض أو الغوص في ماء بئر أو نهر. ومن صور الابتلاء أيضاً أن يطلب من المتهم ازدراد الخبز الجاف، أو يلوك حفنة من الأرز الجاف. وتقوم إجراءات الابتلاء على الاعتقاد الراسخ في أذهان تلك المجتمعات بأن المتهم يخضع لقوة غيبية خفية، ولا تتوقف النتيجة على المصادفة"[12]

وفي (أورو) بأرض العراق قبيل القرن الحادي والعشرين قبل الميلاد سن الملك أورنمو تشريعات عرفت باسمه جاء فيها: "جعل التشريع غرامة شهادة الزور 15 شاقلاً من الفضة. وأجاز إظهار البينة عن طريق الامتحان بالقاء المتهم في النهر. ويبدو أن الحكمة من ذلك هي إيكال أمره إلى إله النهر إذا عجز القاضي عن إثبات التهمة عليه، فإن شاء الرب أنقذه وبرأه، وإن شاء أغرقه بذنبه (وذلك اعتقاد يمكن فهمه بمقارنته بما يأخذ به بعض البدو حتى الآن من

---

[12] هلال عبد اللاه أحمد: المرجع السابق ـ ص36.

امتحان المتهم عن طريق البشعة فإن احترق بها لسانه عند لمسها دل ذلك على إجرامه وإن سلم لسانه كان ذلك دليل براءته)"[13]

وقد كانت قوانين حمورابي تعاقب المتهم بالابتلاء وهو إلقاء المتهم في النهر فإذا غرق كان هذا دليل الإدانة وإذا نجا ولم يغرق كان ذلك دليل براءته.[14]

(ج) العرافة:

"إن هي إلا إجراء يهدف إلى الكشف عن أمر مجهول بالاستعانة بالآلهة. وذلك عندما تثور شبهة ارتكاب جريمة قتل، أو سرقة عدد من الأشخاص، دون أن يكون بالوسع معرفة الفاعل الحقيقي من بينهم"[15]

ومع مرور الزمن تطورت الزراعة وازدهرت الصناعة، والتجارة، وانتقلت بعض المجتمعات من البداوة إلى مرحلة أكثر تحضراً، وهي المرحلة التي يطلق عليها علماء الاجتماع المرحلة المدنية، لكن المعتقد السائد في المجتمعات القبلية والبدائية ظل كما هو إذ كان

---

[13] عبد العزيز صالح (الدكتور): الشرق الأدنى القديم ـ مكتبة الأنجلو المصرية /ط1976/2م ـ ص439.

[14] تنص المادة الثانية من تشريعات حمورابي:

If any one bring an accusation against a man, and the accused go to the river and leap into the river, if he sink in the river his accuser shall take possession of his house. But if the river prove that the accused is not guilty, and he escape unhurt, then he who had brought the accusation shall be put to death, while he who leaped into the river shall take possession of the house that had belonged to his accuser.

[15] هلال عبداللاه أحمد: المرجع السابق ـ ص37.

الاعتقاد السائد أن الآلهة تكافيء الأخيار وتعاقب الأشرار، وتنتصر للضعيف وتنتقم من الظالم وهكذا.

ثانياَ: الإثبات في المجتمعات المدنية القديمة:

لقد استطاعت بعض المجتمعات القديمة أن تنتقل إلى مرحلة أكثر تطوراً، بفضل ازدهار الزراعة والتجارة، وظهور بعض الصناعات، وهي المرحلة المدنية.. وقد تمخض عن هذا التحول الاجتماعي بعض التغييرات لا يهمنا منها سوى الجانب الديني، فقد تعددت الآلهة نظراً لانتقال المعتقدات الدينية من مجتمع لآخر، عبر التبادل التجاري أو هجرة السكان، أو الفتوحات.. وقد أدى هذا إلى أننا نجد في المجتمع الواحد مثل مصر القديمة آلهة متعددة: هذا إله للعدل، وذلك للحب، وآخر للنماء، وإله لموسم الحصاد، وآخر للمطر وهلم جرا.
وسوف نشير إلى بعض هذه النماذج من المجتمعات القديمة لنرى إلى أي مدى قد أثر الدين في نظام الإثبات السائد لديها.. نختار منها النماذج التالية:

(1): الإثبات الجنائي في مصر الفرعونية:

"من الثابت أن شريعة مصر الفرعونية عرفت نظام المدعي العام الذي يباشر الاتهام أمام القاضي كممثل لولي الأمر. ويتضح ذلك من وجود وظيفة لنائب الملك ظهرت من ترجمة بعض الآثار الخاصة

بالأسرة الثانية عشرة. وكان يلقب باسم (نم) ويعبر عنه بمرادفات أخرى مثل (فم الملك) و (لسان الملك). وقد وجد ذلك منقوشاً على قاعدة عمود ذكرى شخص اسمه (أنتف) يرجع إلى نفس الأسرة. وفي لقبه (نم ان سوتن) أي النائب عن الملك ما يفيد أنه كان يقوم بمقاضاة المجرمين وبعمل التحقيقات. ووجد في أحد النقوش أن الـ (نم) أو النائب هذا كان له وكيل يسمى (دنو) تشبه وظيفته وظيفة وكيل النيابة، وكان الأمر بالقبض لا يمكن صدوره إلا بتدخله"[16]

والثابت تاريخياً أيضاً أن مصر الفرعونية عرفت محاكمة المتهمين ونظام القضاء عن طريق قضاة من الكهنة، وكان هؤلاء الكهنة يقومون باستفتاء الإله (آمون) في المسائل الجنائية.. "فكان يؤتى بالمتهم أمام تمثاله، ويسرد رئيس الكهنة الوقائع أمامه، ويسأله عما إذا كان المتهم مذنباً أم بريئاً، فيهز رأسه بالنفي أو الإيجاب أو يحرك يده، ويمسك بأحد كتابين مقدمين له، بأولهما الاتهام وبثانيهما الدفاع، فإذا قبض على المتهم اعتبر المتهم مذنباً وإذا أمسك بالثاني اعتبر بريئاً. وإذا كان الجاني غير معروف بالتعيين قدم إليه المتهمون فيشير بيده نحو الجاني، ويسمع صوته قائلاً مثلاً: هذا هو السارق، فإذا أنكر المتهم، كرر آمون اتهامه"[17] وإن تمادى في الإنكار أعيد

---

[16] رؤوف عبيد (الدكتور): مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ـ دار الجيل للطباعة ـ مصر ـ ط16 ـ سنة 1983ـ ص22

[17] من البديهي أن هذه الإجراءات من قبيل السحر والخداع، فقد كان أحد الكهنة يختبيئ خلف التمثال، ويأتي بهذه الحركات والأصوات، ويفصل في الخصومة بهذه الطريقة الملتوية، كثيراً ما كانت هذه الطريقة تخطئ بطبيعة الحال وأحياناً كانت قديمة المكان تجعل المتهم يكشف عن الحقيقة ويعترف بالجريمة. انظر: رءوف عبيد (الدكتور): القضاء الجنائي في مصر الفرعونية /المجلة الجنائية القومية/ عدد نوفمبر 1958 ص55. نقلاً عن: هلال عبد اللاه: المرجع السابق هامش ص39.

إلى السجن لتعذيبه. "وكان التعذيب يتخذ صورة ضرب المتهم على ظهره أو كفيه، أو النفي إلى النوبة أو بالمثلة، أو بالوضع على الخشب"[18]

"ثم يؤتى به إلى (آمون) فيقر بذنبه ويؤمن التمثال على ذلك. وقد ازداد نفوذ الكهنة في القضاء، عند تولي جرجور رئيس كهنة آمون في 1090 ق.م. وبذا أصبحت أقوال آمون هي الحكم في كل المسائل الجنائية، وكان على الشهود والمتهمين أن يحلفوا يميناً بالإله آمون، وبحياة الملك، أو برأسه، أو بالأماكن أو الحيوانات أو بالنباتات المقدسة أن يقولوا الحق، ومن كان يحنث في تلك اليمين ويثبت عليه ذلك ببتر الأنف والأذنين وبالنفي في (أتوبيا) أو إلى ما وراء البلاد. وكان القسم أمراً خطيراً لفرط تدين الشعب. وكان الحنث فيه يقتضي عقوبتين: أولهما: أرضية وهي التعذيب، والثانية: سماوية وهي انتقام الآلهة""[19]

(2) تشريعات حمورابي بالعراق:

لقد عرف الناس في بابل بأرض العراق الإثبات الجنائي حيث جاء في تشريعات حمورابي في شئون التقاضي والقضاء: "أنه أيما مواطن اتهم آخر بجريمة يعاقب عليها بالإعدام ثم لم يستطع أن يثبتها

---

[18] محمود سلام زناتي (الدكتور): تاريخ القانون المصري في العصور الفرعوني والبطلمي والروماني والإسلامي ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ طبعة 1973 ـ ص88 ، ص 89.

[19] هلال عبداللاه أحمد: مرجع السابق ـ ص 40 وص41.

عليه قتل عوضاً عنه. وإذا اتهمه بجريمة يعاقب عليها بالتغريم، ثم لم يستطع أن يثبتها عليه دفع غرامتها. وقد ينطوي هذا تحت ما يعبر الآن عنه بمكافحة البلاغات الكاذبة وأحكام رد الشرف. ونصت على أنه أيما قاض أصدر حكمه في قضية ودون حكمه ووقع عليه ثم زور فيه لغرض ما وثبت ذلك عليه، أقيل من منصبه وحرمت عليه مناصب القضاء ودفع ما يوازي اثنتي عشرة مرة من قيمة الشئ الذي زور فيه. وفي ذلك ما فيه من مكافحة الرشوة في القضاء"[20]

(3) وفي آشور بأرض العراق:

جاء في تشريعات آشور: "فقضت على من تثبت عليه البينة بالتجديف وسب المعبد بضربه أربعين عصا، وقضت على من يتهم آخر بهذه الخطيئة ويعجز عن إثباتها عليه، بنفس العقاب البدني مع تسخيره في أعمال الملك شهراً"[21]

(4) تشريع (إسين) في العراق:

لقد سبقت تشريعات إسين تشريعات حمورابي وتعتبر من أقدم التشريعات التاريخية على مستوى العالم التي أخذت بنظام المحلفين:

---

[20] عبد العزيز صالح: الشرق الأدنى القديم/مكتبة الأنجلو المصرية/ط1976/2م ص460.

[21] عبد العزيز صالح: الشرق الأدنى القديم ـ مكتبة الأنجلو المصرية /ط1976/2م ص506.

جاء في تاريخ الشرق الأدنى القديم:"ويحتمل من بعض الوثائق القضائية أن المحاكم كانت تأخذ بما يشبه نظام المحلفين، فقد تحدثت إحدى هذه الوثائق عن ثلاثة رجال: حلاق، وبستاني، وشخص ثالث لم تذكر مهنته، قتلوا أحد موظفي المعابد، وبلغ من فجورهم أن أخبروا زوجة القتيل بجريمتهم، ولكنها لسبب ما لم تبلغ الأمر إلى السلطات المسئولة. وعندما ترامى خبر الجريمة إلى أسماع الملك (أورنينورتا) ملك (إسين) أحال القضية إلى مجمع المواطنبن في مدينة نيبور. وفي المحكمة طالب تسعة بإعدام القتلة والمرأة، وكان منهم صياد كيور وفخراني وحاجب وبستاني، ولكن وقف اثنان آخران، موظف بمعبد وبستاني، وتساءلا عن جريمة المرأة، وقالا إنها لم تشترك في القتل، ويحتمل أنهما بررا سكوتها بأن زوجها لم يكن يقوم بإعالتها. ويبدو أن المحكمة أخذت بهذا الرأي واكتفت بإعدام القتلة. وهذا إن صح يعني أنه لم يكن من بأس في الأخذ برأي القلة ما دام صائباً، ولم يكن من بأس في الاستنارة برأي العقلاء من العامة في شئون القضاء، وكل من المبدأين مقبول"[22]

(5) في اليابان:

"كان التشريع القانوني في اليابان مكملاً عنيفاً لما كان يتم بالاغتيال وبالثأر، وقد استمد ذلك التشريع بعض أصوله من تقاليد الشعب القديمة، كما استمد بعضها الآخر من التشريعات الصينية في القرن

---

[22] عبد العزيز صالح: الشرق الأدنى القديم ـ مكتبة الأنجلو المصرية /ط1976/2م ـ ص450..

السابع (ق.م)، ذلك أن القانون صحب الدين في هجرة الثقافة من الصين إلى اليابان". وكان اليابانيون يأخذون بنظام الشهود لكن بإجراءات طويلة ومملة لدرجة أن الحاكم الياباني ساءه ذلك:"وكم ساء (شيموني) أن يجد سجون عصره بغير استعدادات صحية، وأن بين المسجونين فئة بدأت محاكماتها منذ ستة عشر سنة ولم تنته بعد، حتى لقد نسيت الاتهامات الموجهة إليهم، ومات الشهود"[23]

(6): القانون اليوناني:

كان عامة الشعب في بلاد اليونان القديمة يشاركون في الأحكام عن طريق القضاء الشعبي أو ما يسمى بمحكمة المحلفين: "إلا أن المشرع اللاتيني قد عرف التحكيم الإلهي، لذلك كان القانون لديهم عبارة عن أحكام إلهية موصياً بها إلى الملك أو القاضي. ففي عصر (ديموستين) كان للقاضي دور كبير في خلق القواعد القانونية باعتبارها وحياً صادراً إليه. من ذلك ما يرويه (ديموستين) من أنه يجب على القاضي أن يحلف يميناً بتطبيق القانون في النزاع المعروض عليه، فإن لم يجد نصاً بحكم الحالة المعروضة عليه وجب أن يستوحي مبادئ العدالة، ولكن نظراً لقلة النصوص التشريعية حينذاك، كان هذا اليمين يلزم القاضي باستلهام الحكم من الآلهة، مما ترتب عليه أن دور القاضي في تطبيق القانون كان ضئيلاً إذا قيس بدوره كمفسر وناقل لإرادة الآلهة"[24]

[23] ول ديورانت: قصة الحضارة/ترجمة د. زكي نجيب محمود/مج5-6ج5ص44.
[24] هلال عبد اللاه أحمد: مرجع سابق ـ ص43.

ويعلق ول ديورانت على القضاء في اليونان: "وكانت الأدلة عادة تقدم مكتوبة، ولكن كان على الشاهد أن يحضر بنفسه ويقسم بأن ما شهد به صحيح دقيق حين يتلو كاتب الجلسة أو الجراماتيوس grammateus شهادة على القضاة. ولم يكن الشهود يناقشون، وكانت شهادات الزور كثيرة إلى حد يجعل المحكمة في بعض الأحيان تقضي بما يناقض الشهادة التي أقسم الشاهد على صدقها. ولم تكن شهادة النساء والقاصرين تقبل إلا في قضايا القتل، أما الأرقاء فلم تكن تقبل شهادتهم إلا إذا انتزعت منهم بالتعذيب، فقد كان من المسلم به عن الأثنيين أنهم سيكذبون إذا نجوا من التعذيب. وتلك وصمة في جبين الشرائع اليونانية ووحشية شاءت الأقدار أن تزداد قسوة في السجون الرومانية، وفي حجرات محاكم التفتيش، ولعلها لا تقل عما يحدث في الحجرات السرية التابعة لمحاكم الشرطة في وقتنا الحاضر"[25]

ويضيف صاحب قصة الحضارة: "ولم تبلغ الشرائع الإثينية ما كنا نتوقعه لها من الاستنارة، وهي لا تسمو كثيراً عن شرائع حمورابي؛ وعيبها الأساسي أنها تقصر الحقوق القانونية على الأحرار الذين كانوا خارجين عن نطاق المواطنين أصحاب الحقوق. ولم يكن في وسع النزلاء، أو الأجانب، أو الأرقاء أن يرفعوا الدعاوى إلى المحاكم إلا عن طريق مواطن يأخذهم في كنفه"[26]

---

[25] ول ديورانت: قصة الحضارة/ترجمة محمد بدران/دار الجيل/بيروت/1408هـ/1988م/مج7-8/ج7ص32،ص33.

[26] ول ديورانت: قصة الحضارة/ترجمة محمد بدران/دار الجيل/بيروت/مج7-8/ج7ص34.

ثالثاً: الإثبات الجنائي في القانون الروماني:

يعتبر القانون الروماني المصدر التاريخي الذي استقت منه معظم القوانين الأوروبية ومنها القانون الفرنسي الذي يعد بدوره المصدر التاريخي للقانون الجنائي المصري وقوانين معظم الدول العربية..

"وقد كان هذا القانون في بادئ الأمر، جزءاً من الدين حيث ذكر (شيشرون) في كتابه القوانين De Legibus يجب على كل المواطنين أن يؤمنوا أولاً وقبل كل شئ بأن الآلهة هم سادة ومنظمو كل شئ، وأن كل شئ يتم بناء على قدرتهم وإرادتهمم وعنايتهم"[27]

لذلك كان الرومان ينظرون في العصر الملكي إلى مقترف الجريمة نظرة المعتدي على حق الآلهة، والعقوبة على أنها تطهير لهذا الإثم.

"وبعد انهيار الملكية، وانتقال سلطة الملك المدنية إلى القناصل فإنهم ظلوا يقدمون القرابين للآلهة. ويستشيرون الآلهة في الأمور التي تتطلب الوقوف على رأيها"[28] وهذا يدل بجلاء على الصفة الدينية التي لا زمت القانون الروماني منذ ولادته. "وفي العصر الجمهوري انتشرت المنتديات الشعبية التي عقد فيها المحاكمات الجنائية والتي تحولت فيما بعد نظراً لازدياد السكان وكثرة القضايا إلى محاكم يرأسها (البريتور)، ويعاونه عدد مناسب من القضاة يختارون من النبلاء والفرسان وممولي الخزانة. وقد كان المبدأ المسيطر على

---

[27] صوفي أبو طالب (الدكتور): مبادئ تاريخ القانون - دار الفكر العربي - القاهرة - 1967 - ص189.

[28] صوفي أبو طالب (الدكتور): المرجع السابق - ص196.

الإثبات هو الاقتناع الذاتي، حيث إن القانون لم يكن يفرض على القاضي إحصاء الشهادات بل تقييمها"[29]

"كما وأن النصوص التي كانت تحوي بعض القواعد التي تحدد الأشخاص المقبولين للشهادة وأولئك الممنوعون منها، فإنها لا تحوي أي أثر للإثبات القانوني. إذ كل ما هنالك أن هذه النصوص تحدد حالات عدم الأهلية لأداء الشهادة. وحالات عدم توفر النزاهة، وهي مجرد إجراءات تتخذ من قبيل الحيطة، واعتراف المتهم وقد كان يعد من الأدلة الموثوق بها، إذ عادة ما ينتهي الاعتراف بالإدانة والعقاب. ولكن هذا لا يعني إطلاقاً أن الاعتراف يجب بالضرورة أن يقيد اقتناع القاضي. وذلك لأن ثمة نصوص صريحة أسندت تقدير القيمة الحقيقية للاعتراف لاقتناع القاضي. ولذا يظل المبدأ الغالب هو الاقتناع الذاتي للقاضي"[30]

وفي إيطاليا: "وإلى تاريخ متأخر 1762م كان السجناء تحطم أجسادهم على دولاب التعذيب عظمة عظمة، أو يسحلون على الأرض في ذيل حصان مهموز"[31]

رابعاً: الإثبات الجنائي في القانون الإنجليزي:

[29] هلال عبداللاه: مرجع سابق ـ ص47.

[30] هلال عبد اللاه: مرجع سابق ـ ص47 ، ص48.

[31] ول ديورانت: قصة الحضارة/ترجمة فؤاد أندراس مراجعة على أدهم/دال الجيل/بيروت/مج39-40/ج40ص176.

كسائر القوانين القديمة "اتسم القانون الإنجيزي بالطابع الديني، ويظهر ذلك بصفة خاصة في القانون الجنائي، ونظام الإثبات، فالاحتكام إلى الآلهة، والمبارزة واليمين تعتبر نظماً رئيسية في ذلك القانون. منذ الغزو النورماندي"[32]

أما الاحتكام إلى الآلهة: فكان يتم بواسطة المحنة trial by ordeal وتكون المحاكمة: "عن طريق إحضار المتهم، وتعريفه لمحنة قاسية مثل الماء البارد، الماء المغلي، أو الحديد المحمي، أو لقمة الزقوم. فإذا خرج منها سالماً كان ذلك دليلاً على براءته، حسبما أشارت إلى ذلك عدالة السماء التي وقفت إلى جانبه، فالسماء تمثل مطلق العدالة، وهي مصدر كل حقيقة"[33]

"وطريقة اختبار الماء البارد مفادها ربط المتهم بحبل ويلقى في النهر، فإذا كان بريئاً غطس في الماء وينتشل فلا يغرق وأحياناً كان يترك حتى يغرق قبل انتشاله للتأكد من أنه لم يتعمد الغطس. أما الماء المغلي: "فكان يجبر المتهم على غمر يده في الماء المغلي لالتقاط شئ يلقى في الإناء. وأما لقمة الزقوم: هي قطعة من الخبز أو الجبن (وزن أوقية) يقرأ عليها فإذا غص به المتهم كان مجرماً "[34]

كذلك بالنسبة لنظام المحاكم بواسطة المبارزة Trial by battle، فإنه في اليوم المحدد للمحاكمة يحضر المتهم، ثم يبدأ الطرفان المتهم والمدعي في صراع، قد يستمر من الصباح حتى غروب الشمس،

---

[32] هلال عبداللاه أحمد: مرجع السابق ـ ص43.

[33] هلال عبد اللاه أحمد: المرجع السابق ـ ص44.

[34] أحمد صفوت: تاريخ القضاء في انجلترا/نقلاً عن هلال عبداللاه: المرجع السابق ص44.

ويعتبر الحق إلى جانب المنتصر في هذا الصراع. فإذا انتصر المتهم كـان فـي ذلـك دليـل علـى براءتـه، والعكـس صـحيح. وجـوهر هـذه الطريقة هو وقوف عدالة السماء إلى جانب الحق"[35]

وجدير بالذكر أن نظام الاتهام بالمبارزة ظل معمولاً بـه حتـى نهايـة القرن الخامس عشر وخاصـة قضـايا القتل "وقد ظـل هذا النـوع مـن الاتهام الفردي معمولاً به حتى إلغـاء القـانون الـذي صـدر فـي سنتي 1768 و 1774. وقد انتهى هذا التنافس إلـى ظهـور نظـام المحلفين، وحتـى هـذا النظـام قـد اتسم فـي بدايـة نشـأته بالطـابع الـديني، إذ كـان المعتقد أن روح القدس تحضـر كل اجتمـاع مسيحي، ومـن ثـم تطير إلى اجتماع الاثنى عشر جاراً مؤمناً على أن روح القدس تحضره"[36]

وفـي عهـد هنـري الثـامن حـرم التعـذيب لكـن هـل اسـتمر هـذا الحظـر طويلاً؟ يعلق على ذلك صاحب قصة الحضارة:"كانت قوانين هنـري الثامن على الرغم من كونها أقسى القوانين في تاريخ إنجلترا ـ نقـول كانـت متقدمـة عـن زمانهـا لأنهـا حرمـت التعـذيب إلا إذا رؤى أن للجريمة علاقة بالأمن القومي ويمكن أن يكون الإبطـاء فـي محاكمـة المتهم تعذيباً أيضاً"[37]

لكن هذا التقدم الذي أحرزه هنري الثامن لم يستمر طـويلاً إذ سـرعان مـا توسـع رجـال الضـبط القضـائي فـي ممارسـة التعـذيب علـى نطـاق واسع ليس في إنجلترا فقط بل في كل أوربا وتصـداقاً لـذلك "فقد شـكا

---

[35] هلال عبد اللاه أحمد: المرجع السابق ـ ص45.

[36] هلال عبد اللاه أحمد: المرجع السباق/ص45 وقد أحـال إلـى: عبد الـرحمن عثمـان عزوز (الدكتور): القضاء الشعبي ـ رسالة دكتوراه ـ 1975 ـ ص208.

[37] ول ديورانت:قصـة الحضـارة/ترجمة د.عبـد الحميـد يـونس مراجعـة علـي أدهـم /مج25-26/ج26 ص195.

كورتيز الأسباني إلى شارل الخامس من أن المتهمين حتى بأخطاء يسيرة طال بقاؤهم في السجن عشر سنين أو نحوها، قبل أن يحاكموا، وأن المحاكمات قد تتلكأ لمدة عشرين عاماً "[38]

خامساً: الإثبات الجنائي في أسبانيا:

تعتبر أسبانيا أنموذجاً للقمع واضطهاد المتهمين ومحاسبتهم على أفكارهم بل وعلى نواياهم وقد كان النظام القضائي في حقبة محاكم التفتيش من أسوأ الأنظمة القضائية في التاريخ الأوروبي الوسيط! وسنحاول أن نلقي الضوء على تشريعات محكمة التفتيش وما كانت تمارسه من إهدار لحقوق المتهم على النحو التالي:

محكمة التفتيش: شرعت محكمة التفتيش قوانين وإجراءات خاصة بها إذ كانت تجيز التعذيب واستخدام الأدلة السرية وتعاقب المتهم بأدنى شبهة: "كانوا (قضاة محكمة التفتيش) يفحصون بعناية القرائن التي جمعها المبلغون والمحققون. حتى إذا اقتنعت المحكمة بالإجماع بإدانة شخص من الأشخاص، فإنها تصدر أمراً بالقبض عليه، ويتحفظ على المقبوض عليه في سجن انفرادي، حيث لا يسمح لغير عملاء محكمة التفتيش بالتحدث إليه، ولا يزوره أحد من أقربائه، وكان يقيد بالسلاسل عادة، ويطلب إليه أن يستحضر معه فراشه وملابسه، وأن يدفع جميع نفقات محبسه وطعامه، فإذا لم يقدم المال الكافي لهذا الغرض فإنه يباع القدر المناسب من متاعه ليفي بالمبلغ

[38] ول ديورانت: قصة الحضارة/ترجمة د.عبد الحميد يونس مراجعة على أدهم/مج25-26/ج26 ص195.

المطلـوب. أمـا بـاقي أمتعتـه فيحجـز عليـه بوسـاطة منـدوبي محكمـة التفتيش حتى لا يخبأ أو يتنازل عنه هرباً من المصـادرة، وفـي معظـم الأحـوال يبـاع جانـب منـه لإعانـة مـن يعجـزون عـن العمـل مـن أسـرة الضحية"[39]

"وعندما يدفع المقبوض عليـه للحضـور أمـام المحاكمـة فـإن المحكمـة وقد سبق أن حكمت عليـه بأنـه مذنب، تلقـي علـى كاهلـه عبـء إثبـات براءتـه. وكانـت المحكمـة سـرية خاصـة وعلـى المـدافع عـن نفسـه أن يقسم على أنه لن يفشي أية واقعة من الوقائع في حالة إطلاق سراحه، ولا يستدعي شهود إثبـات التهمـة إليـه، ولا يـذكر لـه اسـم أحـد، وبـرر قضـاة التفتيش هـذا الإجـراء بأنـه ضـروري لحمايـة مبلغهم. ولـم يكـن يخبـر المـتهم أولاً عـن الـتهم الموجهـة ضـده، وإنمـا يسـتدعى لمجـرد الاعتراف بتقصيره كما تقضـي بذلك العقيدة والعبادة الصحيحتان وأن يشـي بكـل الأشـخاص الـذين يتهمـون بـالهرطقـة. فـإن أقنـع اعترافـه المحكمة فقد يصدر عليه حكم غير الإعدام، وإذا أبى الاعتراف سمح لـه باختيـار محـامين للـدفاع عنـه، ويـتحفظ عليـه فـي الوقـت نفسـه فـي سـكن انفـرادي. وفـي كثيـر مـن الأحيـان كـان يعـذب ليكـره علـى الاعتراف وتستمر القضية عادة شهوراً، ويكفى التقييد بالسلاسل فـي السجن الانفرادي غالباً للحصول على أي اعتراف"[40]

كان التعذيب يتم تحت إشراف قضاة التفتيش:

---

[39] ول ديورانت: قصة الحضارة/ترجمة د.عبد الحميد يونس/دار الجيل/بيروت/1408هـ/1988م/مج23-24/ج23 ص80،ص81.

[40] ول ديورانت: قصة الحضارة/ترجمة د.عبد الحميد يونس/مج23-24/ج23 ص81.

"ولم يلجأ إلى التعذيب إلا بعد أن يقترع عليه أغلبية قضاة المحكمة (التفتيش) على أساس أن الذنب محتمل، وإن كانت القرائن لا تقطع به. ويؤجل التعذيب الذي يحكم به على هذا النحو غالباً على أمل أن الفزع منه يدفع إلى الاعتراف ويبدو أن قضاة التفتيش اعتقدوا بإخلاص أن التعذيب خدمة للمدافع عن نفسه وهو الذي سبق أن عد مذنباً، فقد يكسبه بالاعتراف عقاباً أخف، بل إنه إذا حكم بإعدامه بعد اعترافه يحصل من قسيس على المغفرة تنجيه من الجحيم، ومع ذلك لم يكن الاعتراف بالذنب كافياً، فقد يلجأ إلى التعذيب مع مدافع عن نفسه لإكراهه على ذكر شركائه في الهرطقة أو الجريمة. وربما عذب الشهود المتناقضون للكشف عمن يذكر الحقيقة منهم؛ وقد يعذب العبيد ليقيموا الدليل على سادتهم، ولم يكن هناك حد في السن ينقذ الضحايا، ذلك أن فتيات في الثالثة عشرة ونسوة في الثمانين قد ألزمن العذراء"[41]

محاكمة الموتى: "وقد اتهم بعض الموتى بالهرطقة في أحوال متعددة وحوكموا بعد الموت وحكم عليهم بالمصادرة فيفقد الورثة في هذه الحالة ميراثهم. وكان المبلغون عن الهراطقة الموتى يمنحون من 30% إلى 50% من المتحصل. ودفعت الأسر المفزعة من هذه المحاكمات ذات الأثر الرجعي للمبلغين في بعض الأحيان (مصالحات) تأميناً لهم من مصادرة ميراثهم فأصبحت الثروة خطراً

---

[41] ول ديورانت: قصة الحضارة/ترجمة د.عبد الحميد يونس/مج23-24/ج23 ص82. العذراء: اسم آلة لتعذيب المتهم تمط الجسم وهي تشبه آلة التعذيب المستخدمة في عصرنا الحالي خاصة في بعض السجون العربية حيث يطلقون عليها (العروسة)!!

علـى صـاحبها وإغـراء للمبلغـين والمفتشـين والحكومـة، حتـى إذا انسـابت الأمـوال فـي خـزائن محكمـة التفتـيش أصـبحوا أقـل اهتمامـاً بالمحافظة على العقيدة الصحيحة من الحصـول علـى الـذهب وانتشـر الفساد انتشاراً مروعاً"[42]

سادساً: الإثبات الجنائي في فرنسا:

لقد عرفت فرنسـا نظريـة الإثبـات الجنائيـة القديمـة التـي ورثوهـا عـن الرومـان مثـل التحكـيم الإلهـي والمحنـة والمبـارزة القضـائية التـي أصبحت الوسيلة الرئيسية أمام المحاكم الجنائية.

ثم حدث تطور، وتقدم في محاكم القرنين الثالث عشر، والرابـع عشـر سـواء بالنسبة للعـرف أو العـادة، أوالتشـريع "فبالنسـة للتشـريع الـذي يهمنـا فإنـه نـص علـى اسـتبعاد وسـائل الإثبـات القديمـة مثـل التحكـيم الإلهي بمقتضـى قرار مجلس اللاتـران سـنة 1315.ثم بمقتضـى أمـر شهير مع سانت لويس المبارزة القضائية أمام المحاكم الملكيـة. وكـان الأسـلوب الـذي قـدر لـه أن يحـل محـل وسـائل الإثبـات هـو الإثبـات بشهادة الشهود عن طريق التحقيق. وكان يكفي وجود شـاهدين"[43]

هكـذا فـإن مشـرعي القـرنين الخـامس عشـر والسـادس عشـر قـد استطاعوا أن يشيدوا نظرية الأدلة القانونيـة الشـهيرة وذلـك كـرد فعـل ضـد التعسـفات الناتجـة مـن السـلطات الضـخمة التـي كانـت متروكـة

[42] ول ديورانت: قصة الحضارة/ترجمة د.عبد الحميد يونس/مج23-24/ج23 ص83.

[43] هلال عبد اللاه أحمد: مرجع سابق ـ ص56.

للقضاة في تقدير الأدلة. لكن ليس معنى ذلك اختفاء الاقتناع الذاتي كلية إذ كان هناك القضاء الشعبي الموروث عن النظام الإقطاعي، وكذلك القضاء الكنسي فيما يتعلق بالجرائم الماسة بالدين. ولكن التكريس التشريعي لنظرية الأدلة القانونية بدءاً من القرن السادس عشر امتد إلى كل البلاد التي تحيط بفرنسا مثل أسبانيا وألمانيا وإيطاليا وانتشر نظام الإجراءات الجنائية: التحقيق - الأدلة القانونية - التعذيب البدني - سرية الإجراءات بحيث شكلت هذه الإجراءات القانون العام في أوربا.

مع التنبيه أن هذا التطور في نظام الإجراءات الذي انتشر في أوروبا لم يصل إلى إنجلترا التي كانت تستخدم الأفكار التقليدية القديمة التي تتفق مع خصائص شعبها مثل: علانية الجلسات -شفوية المرافعات - نظام المحلفين الذي ظهر بعد ذلك ليسود أوروبا وأمريكا.

ويلاحظ أن القانون الإنجليزي لم يعرف نظرية الأدلة القانونية إلا في بعض الحالات كحالة الخيانة العظمى، حيث تتطلب القوانين ضرورة توافر شاهدين تتطابق أقوالهما حتى يمكن النطق بالعقوبة. "ولذا يرى البعض بحق أن نظام الإجراءات الإنجليزي لم يعرف نظرية الأدلة القانونية التي استقرت على القارة الأوربية في حوالي القرن السادس عشر والقرن السابع عشر ـ واستمر تطبيقها في بعض التشريعات حتى القرن التاسع عشر. إذ أن نظام المحلفين في إنجلترا في القرن الثالث عشر: اندماجه وتطوره فيما بعد أديا في الواقع إلى

استحالة التطور والوصول إلى نظرية مماثلة وذلك لنفور المحلفين من نظام الأدلة القانونية"[44]

أقول: السبب في نفور المحلفين من نظام الأدلة القانونية أن الأدلة القانونية تحتوي على قواعد محددة كالقواعد الخاصة بالإثبات عن طريق الشهود وتلك التي تحدد فئات الشهود وشروط قبولها.. فهذه القواعد لا يمكن أن تجعل من النظام الإنجليزي نظاماً حقيقياً للأدلة القانونية، ذلك أن المزية الأساسية لنظام الأدلة القانونية تكمن في التحديد المبدئي لقيمة الأدلة، وفي تأثير هذه الأدلة على ضمير القاضي، أياً ما كان التقدير الخاص الذي يكون لدى القاضي. والحال هذه فإن قانون الإثبات الإنجليزي لا يقدم لنا هذه المزية. وكل ما يمكن أن يقدمه لنا هذا القانون، هو قواعد نسبية في قبول الأدلة، لهذا فإن المحلف يحكم طبقاً لاقتناعه الذاتي بل وفي وسعه أن يكون اقتناعه على شهادة شاهد واحد فقط.

لكن هل خلت نظرية الأدلة القانونية من المعارضة؟

بالطبع لم تخل هذه النظرية من النقد فقد أخذ الفقهاء والفلاسفة في منتصف القرن الثامن عشر يهاجمونها بلا هوادة.

هكذا كان تطور نظام الأدلة في القانون الفرنسي، لقد كان سريعاً تبعاً للأحداث العنيفة التي مرت بها، وعجلت بالانتصار الفقهي الجديد للقرن الثامن عشر، وعجلت بإسقاط النظام القديم. واستمر هذا التطور حتى هبت في الفكر الإنساني ثورة عارمة وخاصة بعد التقدم العلمي والثورة الصناعية وظهور وسائل الإثبات العلمي خلال

[44] هلال عبد اللاه أحمد: مرجع سابق ـ ص69.

القرنين التاسع عشر والعشرين مما أحدث أثراً هاماً في تطور معظم وسائل الإثبات الجنائي بغية الوصول إلى عدالة حقيقية ويقين صادق.. وهذا ما سنناقشه في الفصل الثالث: المبحث الثامن من هذه الرسالة.

صفوة القول:

من خلال هذا التطواف حول تاريخ الإثبات الجنائي ومراحل تطوره منذ أقدم العصور حتى الآن حيث بدأنا بدراسة هذا التطور في المجتمعات البدائية والقبلية ثم المجتمعات المدنية القديمة واتبعنا ذلك بحديث مستقل عن تطور الإثبات الجنائي في القانون الروماني بوصفه مصدراً تاريخياً للقانون الفرنسي والمصري. وبعد ذلك تحدثنا عن الإثبات الجنائي في القانون الفرنسي القديم حيث سادت نظرية الأدلة القانونية ونص عليها تشريعياً في القرنين الخامس عشر والسادس عش، وامتد نطاقها إلى كل البلاد التي تحيط بفرنسا: مثل أسبانيا وألمانيا وإيطاليا فلقد تولد نفس النظام الخاص بالإجراءات، بحيث شكلت هذه الإجراءات القانون العام في أوربا. لكن نظرية الأدلة القانونية في إنجلترا لم تصل إليها بل ظلت مقيدة باستخدام الأفكار التقليدية التي تتفق مع خصائص شعبها فلقد كانت الإجراءات الإنجليزية تحوي كافة الضمانات التي توفرت لدى سائر الدول الأوربية: نظام الاتهام، علانية الجلسات، شفوية المرافعات، وفوق ذلك نظام المحلفين لذي ظهر بعد ذلك ليسود كل أوربا وباقي بلاد العالم. ثم حدثت الثورة الصناعية والتقدم العلمي وظهرت الأدلة

العلمية المعمول بها في مجال الإثبات القانوني أمام المحاكم المدنية والجنائية في جميع أنحاء العالم اليوم.

لكن بقي أن ننبه أننا: لم نشأ أن نتناول الإثبات في الشريعة الإسلامية في هذا التأصيل التاريخي حتى لا يعتقد البعض أنها مجرد مرحلة تاريخية مثلها مثل بقية مراحل التطور قد نشأت ثم ما لبثت أن زالت لتبدأ مرحلة جديدة. هذا بالإضافة إلى أن الشريعة الإسلامية وإن لم تكن مطبقة في معظم البلاد إلا أن أحكامها باقية للتطبيق في كل زمان ومكان ..

(الثاني) طبيعة الإثبات في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية:

سنتناول في هذا القسم طبيعة الإثبات في القانون الوضعي أولاً لإجلاء الصورة عندما نتناول طبيعة الإثبات في الشريعة الإسلامية ولنتعرف على آراء فقهاء القانون الذين ناقشوا هذه القضية على النحو التالي:

أولاً: طبيعة الإثبات في القانون الوضعي:

يمكن القول إن القانون الوضعي المقارن قد عرف ثلاثة نظم في الإثبات:

الأول: نظام الإثبات القانوني أو المقيد: وفيه يحدد القانون الأدلة التي يجوز تحقيقها والاستناد إليها في الحكم.

الثاني: نظام الإثبات المعنوي أو المطلق: وفيه يطلق المشرع للقاضي سلطة تقدير الدليل وحرية الاقتناع به.

الثالث: النظام المختلط وهو وسط بين النظامين السابقين.

ونشرع الآن في التحدث عن هذه النظم على النحو التالي:

(أ): نظام الإثبات المقيد:

نتناول هذا النظام على النحو التالي:

قد يحدد المشرع أدلة الإثبات ويقدر قيمتها الاقناعية وهذا ما يسمى بنظام الإثبات المقيد .. أي أن يتقيد القاضي في حكمه بالإدانة أو البراءة بأنواع معينة من الأدلة، أو بعدد منها طبقاً لما يرسمه

التشريع المطبق، دون أن يأبه في ذلك بمدى اقتناع القاضي بصحة الواقعة أو عدم ثبوتها. "إذ يقوم اقتناع المشرع بصحة الإسناد أو عدم صحته مقام اقتناع القاضي وهكذا فإن اليقين القانوني يقوم أساساً على افتراض صحة الدليل بصرف النظر عن حقيقة الواقع أو اختلاف ظروف الدعاوى. أما دور القاضي فلا يتعدى مراعاة تطبيق القانون من حيث توفر الدليل أو شروطه بحيث إذا لم تتوفر هذه الشروط وتلك الشكليات، فإن القاضي لا يستطيع أن يحكم بالإدانة بصرف النظر عن اعتقاده الشخصي، أي ولو اقتنع يقيناً بأن المتهم مدان في الجريمة المسندة إليه"[45]

وهكذا يتميز نظام الإثبات القانوني بأن المشرع هو الذي يقوم بالدور الإيجابي في عملية الإثبات في الدعوى فهو الذي ينظم قبولاً للأدلة سواء بطريق تعيين الأدلة المقبولة للحكم بالإدانة، أو باستبعاد أدلة أخرى، أو بإخضاع كل دليل بأن يضفي حجية دامغة على بعض الأدلة، وأخرى نسبية على البعض الآخر.

كما نلاحظ أن دور القاضي في ظل هذا النظام هو دور آلي "لا يتعدى مراعاة توافر الأدلة وشرائطها القانونية، بحيث إذا لم تتوفر لا يجوز له أن يحكم بالإدانة، حتى لو اقتنع بأن المتهم مدان. فهو لا يستطيع أن يتحرى عن الحقيقة بطرق أخرى لم ينص عليها المشرع، ولا أن يطلب إكمال أدلة ناقصة بل عليه أن يلتزم بما حدده

---

45 هلال عبداللاه: مرجع سابق /ص92.. وراجع أيضاً: مأمون سلامة (الدكتور): الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ـ دار الفكر العربي ـ سنة 1977 ـ ص170.

المشرع، مما يترتب عليه اختلاف القيمة الاسمية عن القيمة الحقيقية للدليل"[46]

(ب) نظام الإثبات المطلق:

في هذا النوع من الإثبات لا يتقيد القاضي بطرق محددة، بل يترك لـه القانون حرية الإثبات لأطراف الخصومة في أن يقدموا ما يرون أنه مناسب لاقتناع القاضي، كما يترك للقاضي تكوين اعتقاده من أي دليل يطرح أمامه، وفي أن يقدر القيمة الاقناعية لكل منها، حسبما تتكشف لوجدانه، حيث لا سلطان عليه في ذلك إلا ضميره.

المدلول القانوني لمبدأ الحرية المطلقة لاقتناع القاضي الجنائي:

"يقصد به عدم جواز مطالبة القاضي بالأخذ بدليل معين لأن العبرة هي باقتناعه، بناء على الأدلة المطروحة عليه، فله مطلق الحرية في أن يقرر بنفسه الحقيقة التي يقتنع بها"[47]

مغزى الأخذ بمبدأ حرية اقتناع القاضي: هذا المبدأ " يتفق مع أسلوب التفكير العادي والمنطقي في الحياة العادية وفي البحث العلمي إذ لا يجب أن نقيد التفكير العقلي بأدلة معينة وإنما تستحصل وتنتزع الحقيقة من أي دليل، ويكفل هذا المبدأ ألا تبعد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية، فإذا لم يجد القاضي نفسه طليقاً في تحري الواقع من أي مصدر غير ملتزم بدليل معين يفرض عليه التسليم بما يخالف

---

[46] هلال عبد اللاه: مرجع سابق ـ ص93.

[47] عبد العزيز سليم: الموسوعة الذهبية في الإثبات الجنائي ـ عبد الخالق ثروت -2003 - ص21.

الواقع فإنه يصل في النهاية إلى قضاء يطابق الحقيقة الواقعية قدر ما يسمح بذلك التفكير البشري"[48]

النقد الموجه إلى مبدأ حرية القاضي المطلقة:

"لا يجوز ترك القاضي يعمل بذلك المبدأ عن الفصل في الدعوى على هواه الشخصي إذ هو يخضع لاعتبارات تتعلق بضمان حق المتهم في الدفاع من ناحية، ويمنع كذلك التحكم الذي قد يؤدي إليه هذا المبدأ من ناحية أخرى. وأساس هذا التقدير الحر يجب ألا يصل إلى حد التحكم الكامل، إذ لا يجوز أن يكون ذلك القضاء مخالفاً لحقيقة الواقع وغير مربوط به"[49]

الخلاصة:

هكذا نستطيع أن نلخص النقد الموجه إلى مبدأ حرية القاضي المطلقة في النقاط التالية:

(أ): "إن التقدير الشخصي للأدلة لا يسمح عملاً بأية رقابة لمحكمة النقض فيما يتعلق بقيمة الأدلة في الإثبات، فقاضي الموضوع يمكنه أن يبرر حكمه باقتناعه بعنصر يبدو من الناحية الموضوعية ضعيفاً للغاية"[50]

(ب): "إن هذا المبدأ وإن قصد به مصلحة المتهم إلا أنه في الواقع يخل بحقوق الدفاع لأنه يسمح للقاضي بأن يعتمد على اعتراف تم العدول عنه، وبهذا لا يكون عملاً لمصلحة المتهم كما أنه يعوق حرية الدفاع التي كفلها القانون لأنه يترك المتهم في حيرة من

---

48 عبد العزيز سليم: المرجع السابق - ص21.

49 عبد العزيز سليم: السابق - ص25.

50 عبد الحكم سالمان: مرجع سابق - ص64.

الانطباع الذي يمكن أن يحدثه هذا العنصر من عناصر الإثبات في نفسية القاضي وبذلك يجعل المتهم في حالة يصعب عليه فيها تحديد السلوك الذي يجب أن يسلكه للدفاع عن نفسه"[51]

(ج): "إن هذا المبدأ يحرم القاضي نفسه من الإحاطة بمختلف أدلة الدعوى مما يعكس بأسوأ الأثر على العدالة"[52]

لذلك تدارك أنصار هذا المبدأ ووضعوا قيوداً على الحرية المطلقة للقاضي في إصدار حكمه وقد أخذ المشرع المصري بهذا النظام في الإثبات كما في نص المادة 302 من قانون الإجراءات الجنائية إذ تنص على أن: (يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته، ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة، وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود، أو الشهود تحت وطأة الإكراه أو التهديد به يهدر ولا يعول عليه).[53]

من خلال منطوق نص المادة السابقة من قانون الإجراءات الجنائية المصري نستطيع أن نخلص إلى قيدين على حرية القاضي في تكوين اقتناعه:

القيد الأول: يجب على القاضي اتباع وسائل الإثبات المشروعة:

معنى ذلك ألا يلجأ القاضي إلى طرق الإثبات التي تنطوي على إهدار لحقوق الأفراد وضمانات حرياتهم دون موجب من القانون

[51] المرجع السابق ـ ص64.

[52] : المرجع السابق ـ ص64.

[53] أشرف إدوارد حنا: قانون الإجراءات الجنائية المعدل بالقانون 174 لسنة 1998 وفقاً لأحدث التعديلات لسنة 2000 - دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية ـ المنيا ـ مصر ـ الفصل التاسع (في الحكم) ص139.

ومن قبيل ذلك لزام على القاضـي ألا يلجـأ للتعذيب لإثبـات الجريمـة، ولا فـي الاستجواب المطول لحمل المتهم علـى الاعتـراف، ولا إلـى الطـرق الاحتياليـة مثـل الاسـتماع خلسـة إلـى حـديث تليفـوني، أو الحصول على الرسائل، أو رسائل غير مشروعة، أو استعمال مخدر أو تنويم مغناطيسي، وألا يلجأ إلى تحليف المتهم اليمين.

القيد الثاني: أن يكون اقتناع القاضي مستمداً من أدلة في الدعوى:

معنـى ذلـك أنـه يجـب علـى القاضـي أن يبحـث عـن أدلـة وهـو بصـدد الوصول إلـى الحقيقـة، إذ يجـب أن يكـون حكمـه مشـفوعاً بـالأدلـة وأن تكون هذه الأدلة قائمة في الدعوى المنظورة لديه.

(ج): نظام الإثبات المختلط:

وهـو عبـارة عـن عمليـة مزدوجـة، أو محاولـة توفيقيـة بـين المـذهبين السـابقين، وذلـك بغيـة تلافـي مـا وجـه إلـى الإثبـات الحـر مـن خشـية اعتسـاف القاضـي، وانحرافـه فـي الحكـم، وذلـك أن يحـدد لـه القـانون طرق الإثبات التـي يلجـأ إليهـا، ومـا وجـه إلـى الإثبـات المقيـد مـن أنـه يجعل دور القاضي سلبياً في عملية الإثبات، وذلك بأن يترك له حرية تقدير ما يعرض عليه من عناصر الإثبات.

وقد يكون التوفيق بين النظـامين علـى وجـه آخـر، وذلـك عنـدما يحـدد القـانون أدلـة معينـة لإثبـات بعـض الوقـائع دون الـبعض الآخـر، أو يشـترط فـي الـدليل شـروطاً فـي بعـض الأحـوال، أو يعطـي القاضـي الحرية في تقدير الأدلة القانونية.

ويعتبـر " أظهـر نمـوذج لنظـام الإثبـات المخـتلط هـو الـذي اقترحـه روبسـبير Robespierre فـي الجمعيـة التأسيسـية الفرنسـية فـي اجتماعها المنعقد في 4 يناير سنة 1791، وكان اقتراحه من شقين:

الأول: أنه لا يحكم (القاضي) بإدانة متهم إذا لم تقم عليه الأدلة التي حددها القانون.
الثاني: أنه لا يحكم بإدانته مع قيام الأدلة القانونية إذا لم تتحقق قناعة القاضي"[54]

أقول: قد أخذ المشرع المصري بهذا النظام المختلط كما في نص المادة 302 من قانون الإجراءات الجنائية السابق ونص المادة 291 من نفس القانون: "للمحكمة أن تأمر ولو من تلقاء نفسها، أثناء نظر الدعوى بتقديم أي دليل تراه لازماً لظهور الحقيقة"[55] وتطبيقاً لذلك ذكرت محكمة النقض المصرية في حكم لها:

"من اللازم في أًصول الاستدلال أن يكون الدليل الذي يعول عليه الحكم مؤدياً إلى ما رتبه من نتائج من غير تعسف في الاستنتاج ولا تنافر في حكم العقل والمنطق، وأن الأحكام الجنائية يجب أن تبنى على الجزم واليقين على الواقع الذي يثبته الدليل المعتبر ولا تؤسس على الظن والاحتمال والاعتبارات المجردة" (1985/6/13-أحكام النقض - س36 ق138 ص782)[56]

وفي حكم آخر لمحكمة النقض:

"العبرة في الإثبات في المواد الجنائية هي باقتناع القاضي واطمئنانه إلى الأدلة المطروحة عليه، فقد جعل القانون من سلطته بأن يأخذ بأي دليل يرتاح إليه من أي مصدر شاء مادام مطروحاً على بساط

---

[54] هلال عبد اللاه: مرجع سابق - ص100 ، 101.

[55] أشرف إدوارد حنا: مرجع سابق - ص135.

[56] المرصفاوي: حسن صادق (الدكتور): المرصفاوي في قانون الإجراءات مع تطوراته التشريعية ومذكراته الإيضاحية في مائة عام - منشأة جلال - الإسكندرية - 1996 - ص 982.

البحث في الجلسة، ولا يصح مصادرته في شئ من ذلك إلا إذا قيده القانون بدليل معين ينص عليه"(1988/2/24 - أحكام النقض - س35 - ق1 - ص9 - هيئة عامة)[57]

ورغم ذلك لم يسلم هذا النظام من النقد فقد "أخذ على هذا النظام أنه وإن قصد به الجمع بين مزايا النظامين السابقين والتخفيف من مضارهما، إلا أنه في الواقع لا يراعي التوازن بين مصلحة المتهم في البراءة ومصلحة المجتمع في العقاب إذ أنه يهدف إلى مصلحة المتهم فقط بمعنى أنه إذا لم يوجد الدليل القانوني، فلا يجوز الحكم بالإدانة ولو كان هناك دليل آخر،اقتنع به"[58]

وعلى أية حال يعتبر نظام الإثبات المختلط أقرب لتحقيق التوازن بين مصلحة المتهم ومصلحة المجتمع فالقاضي الجنائي، وإن كان له مطلق الحرية في تكوين اقتناعه الجنائي سواء بالإدانة أو بالبراءة فإنه مقيد بالضوابط التي وضعها القانون، وأنه ملزم بالاستناد إلى الأدلة المطروحة في أوراق الدعوى مع ملاحظة أنه لا حرية للقاضي الجنائي في الدليل العلمي الذي يعتمد على حقائق علمية ثابتة لكن له حرية تقدير الظروف والملابسات التي أحاطت بهذا الدليل..

---

[57] المرجع السابق - ص 982.

[58] محمود محمد مصطفى (الدكتور): الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن - مطبعة جامعة القاهرة - 1977 - ج1 - ص11.

(الثالث) عبء الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي:

نتناول في هذا القسم عبء الإثبات في الشريعة الإسلامية أولاً ثم نعقبه بعبء الإثبات في القانون الوضعي وآراء الفقهاء في هذا الشأن على النحو التالي:

أولاً: عبء الإثبات في الشريعة الإسلامية.

ثانياً: عبء الإثبات في القانون الوضعي.

أولاً: عبء الإثبات في الشريعة الإسلامية:

لقد وضع الفقهاء المسلمون قاعدة عامة فيمن يكلف بالإثبات وجعلوها أساساً في فض المنازعات، وهذه القاعدة هي قولهم: إن البينة على المدعي واليمين على من أنكر. وقد استمدوا هذه القاعدة من الحديث النبوي:

(1): عَنْ عَلْقَمَةَ بْنِ وَائِلِ بْنِ حُجْرٍ الْحَضْرَمِيِّ عَنْ أَبِيهِ قَالَ جَاءَ رَجُلٌ مِنْ حَضْرَمَوْتَ وَرَجُلٌ مِنْ كِنْدَةَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- فَقَالَ الْحَضْرَمِىُّ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ هَذَا غَلَبَنِى عَلَى أَرْضٍ كَانَتْ لأَبِى فَقَالَ الْكِنْدِىُّ هِىَ أَرْضِى فِى يَدِى أَزْرَعُهَا لَيْسَ لَهُ فِيهَا حَقٌّ. فَقَالَ النَّبِىُّ -صلى الله عليه وسلم- لِلْحَضْرَمِىِّ « أَلَكَ بَيِّنَةٌ ». قَالَ لاَ. قَالَ « فَلَكَ يَمِينُهُ ». فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّهُ فَاجِرٌ لَيْسَ يُبَالِى مَا حَلَفَ لَيْسَ يَتَوَرَّعُ مِنْ شَىْءٍ. فَقَالَ « لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلاَّ ذَلِكَ »"[59]

---

[59] أبو داود: سليمان بن الأشعث السجستاني: سنن أبي داود الحديث رقم 3623 - طبعة الدار المصرية اللبنانية بالقاهرة.. وجاء الحديث قريباً من نفس اللفظ في سنن

(2): عن ابن أبي عمير، عن حماد، عن الحلبي، عن جميل وهشام، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: البينة على من ادّعى واليمين على من ادّعي عليه"[60]

(3): قَالَ الأَشْعَثُ بْنُ قَيْسٍ : "كَانَ بَيْنِى وَبَيْنَ رَجُلٍ مِنَ الْيَهُودِ أَرْضٌ فَجَحَدَنِى ، فَقَدَّمْتُهُ إِلَى النَّبِىِّ - صلى الله عليه وسلم - فَقَالَ لِى رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - « أَلَكَ بَيِّنَةٌ » . قَالَ قُلْتُ لاَ . قَالَ فَقَالَ لِلْيَهُودِىِّ « احْلِفْ » . قَالَ قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِذًا يَحْلِفَ وَيَذْهَبَ بِمَالِى . قَالَ فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى (إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلاً) إِلَى آخِرِ الآيَةِ "[61]

جاء في رواية أخرى لفظ (الطالب) بدلاً من (المدعي) ولفظ (المطلوب) بدلاً من المدعى عليه:

(4): عَنِ ابْنِ أَبِى مُلَيْكَةَ قَالَ : رُفِعَ إِلَىَّ امْرَأَةٌ تَزْعُمُ أَنَّ صَاحِبَتَهَا وَجَأَتْهَا بِإِشْفًى حَتَّى ظَهَرَ مِنْ كَفِّهَا فَسَأَلَتْ ابْنَ عَبَّاسٍ فَقَالَ إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- قَالَ :« لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لاَدَّعَى رِجَالٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الطَّالِبِ وَالْيَمِينَ عَلَى

الترمذي وحكم عليه أبو عيسى الترمذي بقوله: حديث وائل بن حجر حديث حسن صحيح.. راجع: الترمذي: محمد بن عيسى: سنن الترمذي - دار إحياء التراث العربي - بيروت - تحقيق أحمد محمد شاكر - ج3 - ص 625.

[60] الكليني: أبو جعفر محمد بن يعقوب: فروع الكافي - دار الأضواء - بيروت - ج7 - ص415.

[61] البخاري: الحديث رقم 2667 .. قال ابن حجر: حديث: قال صلى الله عليه وسلم: ألك بينة؟ قال: لا، قال: فلك بمينه. متفق عليه من حديث الأشعث بلفظ: فقال ألك بينة؟ قلت: لا، فقال لليهودي احلف. وفي لفظ: شاهداك أو يمينه. وفي الباب عن وائل بن حجر، فقال للحضرمي: ألك بينة؟ قال: لا، قال: فلك يمينه؟ أخرجه مسلم. انظر: ابن حجر العسقلاني: الدراية في تخريج أحاديث الهداية/تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني/دار المعرفة - بيروت - ج2 - ص 175.

الْمَطْلُوبِ »[62]

(5): عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ قَالَ قَالَ النَّبِىُّ -صلى الله عليه وسلم- « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِى وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ »[63]

قال المناوي: "لأن جانب المدعي ضعيف فكلف حجة قوية وهي البينة، وجانب المدعى عليه قوي فقنع منه بحجة ضعيفة وهي اليمين إلا في مسائل مفصلة في الفروع قال ابن العربي: وهذا الحديث من قواعد الشريعة التي ليس فيها خلاف وإنما الخلاف في تفاصيل الوقائع والبيئة"[64]

وفي الدعاوى الجنائية كان هناك بعض النصوص:

(6): حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ بَشَّارٍ حَدَّثَنَا ابْنُ أَبِى عَدِىٍّ عَنْ هِشَامٍ حَدَّثَنَا عِكْرِمَةُ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ - رضى الله عنهما - أَنَّ هِلاَلَ بْنَ أُمَيَّةَ قَذَفَ امْرَأَتَهُ عِنْدَ النَّبِىِّ - صلى الله عليه وسلم - بِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ ، فَقَالَ النَّبِىُّ - صلى الله عليه وسلم - « الْبَيِّنَةُ أَوْ حَدٌّ فِى ظَهْرِكَ » . فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِذَا رَأَى أَحَدُنَا عَلَى امْرَأَتِهِ رَجُلاً يَنْطَلِقُ يَلْتَمِسُ الْبَيِّنَةَ فَجَعَلَ يَقُولُ « الْبَيِّنَةَ وَإِلاَّ حَدٌّ فِى ظَهْرِكَ "[65]

(7): عن صفوان بن يحيى، عن عبد الله بن بكير، عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام: إن الله حكم في دمائكم بغير ما حكم به في أموالكم؛ حكم في أموالكم أن البينة على المدعي واليمين على

---

[62] البيهقي: أحمد بن الحسين بن علي ـ السنن الكبرى ـ تحقيق محمد عبد القادر عطا ـ مكتبة دار ابن باز ـ مكة المكرمة ـ 141هـ /1994 ـ ج110 ص 252 .

[63] الدارقطني: علي بن عمر : سنن الدارقطني ـ تحقيق السيد عبدالله هاشم اليماني ـ دار المعرفة ـ بيروت ـ 1386 / 1996 ج4 ص157.

[64] المناوي: فيض القدير/ج3 ص273.

[65] البخاري: الحديث رقم 2671.

المدعى عليه وحكم في دمائكم أن البينة على من ادّعي عليه واليمين على من ادّعى لكيلا يبطل دم امرئ مسلم"[66]

قال الحائري: "قد دلت بعض الروايات على أن القتل مستثنى من هذه القاعدة، فالبينة فيه على المنكر، واليمين على المدعي"[67] ثم استند الحائري إلى رواية أبي بصير السابقة، وذكر السبب في استثناء القتل من هذه القاعدة برواية ذكرها في نهايتها أن سندها ضعيف وهي على النحو التالي:

"وما ورد عن محمد بن سنان عن الرضا عليه السلام فيما كتب إليه من جواب مسألة في العلل: (والعلة في أن البينة في جميع الحقوق على المدعي واليمين على المدعى عليه ما خلا الدم؛ لأن المدعى عليه جاحد، ولا يمكنه إقامة البينة على الجحود لأنه مجهول، وصارت البينة في الدم على المدعى عليه واليمين على المدعي؛ لأنه أحوط يحتاط به المسلمون لئلا يبطل دم امرئ مسلم، وليكون ذلك زاجراً وناهياً للقاتل لشدة إقامة البينة على الجحود عليه؛ لأن من يشهد على أنه لم يفعل؛ قليل. وأما علة القسامة أن جعلت خمسين رجلاً، فلما في ذلك من التغليظ والتشديد والاحتياط؛ لئلا يهدر دم امرئ مسلم). والسند ضعيف"[68]

وهذا التعليل يتفق مع ما ذكره صاحب فيض القدير: "وحكمته أن القتل إنما يكون غيلة وعلى ستر، فبدئ فيه بأيمان المدعي لإيجاب

[66] الكليني: مرجع سابق - ج9 - ص415.

[67] الحائري: كاظم الحسيني الحائري: القضاء في الفقه الإسلامي/مجمع الفكر الإسلامي/قم/إيران/ط1/1415هـ/ص551.

[68] الحائري: كاظم الحسيني الحائري: القضاء في الفقه الإسلامي/مجمع الفكر الإسلامي/قم/إيران/ط1/1415هـ/ص552.

الدية عند الشافعية والقتل عند المالكية الرادع للمعتدي والصائن للدماء الحاقن لها"[69]

تعليقنا على الرواية السابقة:

(1) هذه الرواية تخالف الروايات الأصح التي ذكرناها في حديث وائل ابن حجر والأشعث بن قيس ورواية ابن أبي عمير، وابن أبي مليكة، وعمرو بن شعيب، وراية محمد بن بشار؛ فمجموع هذه الروايات يؤكد على أن البينة على المدعي في كافة الحقوق سواء كانت مالية أو جنائية كالقتل العمد.

(2) قال الخوانساري تعليقاً على رواية صحيحة أبي بصير: "وقد يقال هذه الصحيحة لا تدل على عدم حجية بينة المدعي، وإنما تدل على أن المطالب بها هو المنكر دون المدعى عليه أنها خاصة بموارد اللوث دون غيرها وأما في غيرها فيكون المطالب بالبينة هو المدعى عليه، ولا يخفى الإشكال فيما ذكر فلا بد من رد العلم إلى أهله، ثم إنه مع عدم البينة فإن كان لوث طولب المدعى عليه بالبينة فإن أقامها على عدم القتل فهو وإلا فعلى المدعي الإتيان بقسامة خمسين رجلاً لإثبات مدعاه وإلا فعلى المدعى عليه القسامة كذلك"[70]

(3) رواية محمد بن سنان عن الرضا عليه السلام رواية ضعيفة كما أثبتها الحائري نفسه. وهناك رواية ضعيفة ذكرها السيوطي في الجامع الصغير: "البينة على المدعي، واليمن على من أنكر، إلا في

---

[69] المناوي: فيض القدير/ج3 ص273.

[70] الخوانساري: جامع المدارك في شرح المختصر النافع/مكتبة الصدوق/طهران/ط1305/2هـ/ج7ص253.

القسامة"[71]

(4) على افتراض صحة الرواية السابقة فإنه يمكن أن يجمع بينها وبين الروايات الأخرى الصحيحة أن استثناء القتل من قاعدة البينة على المدعي واليمين على المنكر تكون بشرطين: (أ) عدم وجود بينة لدى المدعي. (ب) وجود (لوث) أي أمارات تدل على قوة اتهام المدعى عليه بالقتل. ففي هذه الحالة يمكن إعمال قاعدة البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه بالعكس؛ فيطالب المدعى عليه بالبينة فإذا فشل في الإثبات يطالب القاضي المدعي (ولي الدم) بخمسين يميناً كما في القسامة التي سنتكلم عنها بالتفصيل في الفصل الثالث.

(5) والذي يعضد رأينا في أن قاعدة البينة على المدعي واليمين على المنكر عامة في كل الحقوق وليست خاصة بالحقوق المالية فقط ما ذكره ابن حزم في المحلى: " الأصل المطرد في كل دعوى في الإسلام من دم أو مال أو غير ذلك من الحقوق ولا نحاش شيئاً ـ هو أن (البينة على المدعي واليمين على من ادعى عليه) كما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ يقول (لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه)..

---

[71] المناوي: فيض القدير شرح الجامع الصغير/دار الفكر بيروت/1416هـ/ط1/ج3 ص273. قال المناوي: "وفيه مسلم الزنجي قال في الميزان عن البخاري منكر الحديث وضعفه أبو حاتم، وقال أبو داود لا يحتج به ثم أورد له أخباراً هذا منها ورواه الدارقطني باللفظ من طريقين وفيهما الزنجي المذكور وقال ابن حجر في تخريج المختصر خرجه أيضاً البيهقي وعبد الرزاق وهو حديث معلول غريب" المناوي: فيض القدير/ج3ص273.

وقوله صلى الله عليه وسلم (بينتك أو يمينه)"[72]

دلالة هذه الأحاديث:

فهذه الأحاديث جميعها تدل على أنه "لا يقبل قول أحد فيما يدعيه لمجرد دعواه بل يحتاج إلى البينة أو تصديق المدعى عليه. والحكمة في كون البينة على المدعي أن جانب المدعي ضعيف لأنه يدعي خلاف الظاهر فكلف الحجة القوية وهي البينة"[73]

لقد جاء في درر الحكام المادة 76: "(البينة للمدعي واليمين على من أنكر) هذه القاعدة مأخوذة من الحديث الشريف القائل (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) ويؤيدها الدليل العقلي لأن كلام المدعي مخالف للظاهر فهو ضعيف يحتاج لبينة تدعمه وكلام المدعى عليه لما كان موافقاً للظاهر فهو لا يحتاج لتقوية ما سوى اليمين. نستطيع أن نقول: إذا كان الأصل العام في الإثبات في الشريعة الإسلامية (البينة على المدعي) فإنه في الإثبات الجنائي أولى بالإتباع. كما في قول الله تعالى: (الذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة)[74] .. كما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لمن قذف زوجته بالزنى: (البينة أو حد في ظهرك). وطالما تعرضنا للبينة كأصل عام في الإثبات القضائي بشقيه المدني والجنائي فإننا نقوم على عجالة بتوضيح المقصود بالبينة:

---

[72] ابن حزم: المحلى بالآثار ـ تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ ج11 ـ ص314.

[73] الصنعاني: محمد بن إسماعيل: سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ـ تحقيق حازم علي بهجت القاضي ـ دار الفكر ـ بيروت ـ 1415 /1995 ـ مج4 ـ ص1940 ، ص1941.

[74] النور: آية 4.

تعريف البينـة: "البينـة هـي الشـهادة العادلـة التـي تؤيد صـدق دعـوى المدعي. قال في فيض القدير: "البينة في الأصل ما يظهر برهانه في الطبـع والعلم والعقل بحيث لا مندوحـة عن شـهود وجـوده."[75] وقيل أيضاً: "هي الدلالة الواضحة التـي تفصل الحق من الباطل"[76] وبمـا أن الشهادة تفيد بياناً سميت بينة وسميت حجة لأن الخصم يتغلب بهـا علـى خصمه"[77] هذا وقد عرفها قانون الإثبات السوداني بقولـه:"يقصد بهـا أي وسيلة يـتم بهـا إثبـات أو نفـي أي واقعـة متعلقـة بـدعوى أمـام المحكمة"[78] ونلاحظ أن هذا التعريف أدق مما قبله لأن البينة أعم من الشهادة، فكل شهادة بينة وليس كل بينة شهادة.

وهكذا فإن قاعدة البينة على المدعي قاعدة عامـة تسري علـى المـواد المدنية والمواد الجنائية في الشريعة الإسلامية.. وبنـاء علـى ذلـك فمـا دامـت النيابـة العامـة هـي صـاحبة الإدعـاء فـإن عـبء الإثبـات يقـع عليها.. فكما أن الأصل في القضاء المدني براءة ذمة المدين، كذلك فـي القضـاء الجنـائي فـإن المـتهم يعتبـر بريئـاً حتـى يقـوم دليـل علـى إدانته، وبالتالي لا يكلف بإقامة الدليل على براءة نفسه.

---

75 المناوي: فيض القدير/ج3 ص272.

76 المناوي: فيض القدير/ج3 ص272.

77 علي حيدر: درر الحكام ـ المرجع السابق ـ ص74.

78 قانون الإثبات السوداني لسنة 1983 الصادر في (1983/10/6).

ثانياً: عبء الإثبات في القانون الوضعي:

إن عبء الإثبات في المواد الجنائية كما هو في المواد المدنية يقع على عاتق المدعي.. وهكذا يقع عبء الإثبات في المجال الجنائي الوضعي على سلطة الاتهام ـ النيابة العامة ـ فيجب عليها أن تثبت كل العناصر المكونة للجريمة كما يجب عليها أن تدحض عنصراً من عناصر قرينة براءة المتهم.

يقول صاحب الوسيط: "لما كان الأصل في كل إنسان البراءة سواء من الجريمة أو من الالتزام، فإن من يدعي خلاف هذا الأصل فيه أن يثبت ادعاءه"[79]

"يخضع كل متهم لقاعدة أصيلة هي أن الأصل في الإنسان البراءة فهو برئ حتى تثبت إدانته. فإذا انتهى القاضي إلى إدانة المتهم بات واجباً عليه أن يؤسسها على الجزم واليقين، وأهم نتائج هذا المبدأ وقوع عبء الإثبات على سلطة الاتهام ومعاملة المتهم على أساس أنه برئ في المراحل التي تمر بها التهمة، فإذا أدين يجب أن يبنى الحكم عن جزم ويقين وبالتالي يفسر الشك لمصلحة المتهم"[80]

وطبقاً لقانون الإجراءات الجنائية المصري المعدل بالقانون 174 لسنة 1998 وفقاً لأحدث التعديلات لسنة 2000م فيمن له حق رفع الدعوى الجنائية.. نصت المادة رقم (1) "تختص النيابة العامة دون

---

[79] السنهوري: عبد الرزاق السنهوري (الدكتور): الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ـ دار النشر للجامعات 1956 ـ مج 2 ـ ص71.

[80] عبد العزيز سليم: مرجع سابق ـ ص26.

غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون"[81]

وجاء في المذكرة الإيضاحية لتفسير المادة السابقة:

"لما كانت الدعوى الجنائية عمومية أي ملكاً للجماعة قد نيطت مباشرتها بالنيابة العمومية بصفتها ممثلة للمجتمع. وعلى هذا الأساس نص على أن الدعوى الجنائية لا تقام إلا من النيابة العمومية ولا تتوقف إقامتها على شكوى أو طلب أو إذن سابق إلا في الأحوال المبينة في القانون"[82]

وبناء على ذلك فإن مهمة الاستدلال والتحريات أي عبء الإثبات يقع على النيابة العامة كما جاء ذلك في حكم محكمة النقض المصرية:

"الدعوى الجنائية لا تتحرك إلا بالتحقيق الذي تجريه النيابة العامة دون غيرها بوصفها سلطة تحقيق سواء بنفسها أو بمن تندبه لذلك من مأموري الضبط القضائي أو برفع الدعوى أمام جهات الحكم، ولا تعتبر الدعوى قد بدأت بأي إجراء آخر تقوم به سلطات الاستدلال، إذ أنه من المقرر في صحيح القانون أن إجراءات الاستدلال أياً كان من يباشرها لا تعتبر من إجراءات الخصومة الجنائية، بل هي من الإجراءات الأولية التي لا يرد عليها قيد في الشارع في توقفها على الطلب أو الإذن"(1986/10/15 أحكام النقض س37 ق147 ص769 - 1985/3/28 س36 ق78 ص460)[83]وفي قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري المادة رقم1: " تختص النيابة العامة

[81] أشرف إدوارد حنا: قانون الإجراءات الجنائية المعدل مرجع سابق ـ ص8.

[82] المرصفاوي: مرجع سابق ـ ص39.

[83] المرصفاوي: المرجع السابق ـ ص159.

بإقامة دعوى الحق العام ومباشرتها ولا تقام من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون). **وفي المادة رقم2**: (كل شخص تقام عليه دعوى الحق العام فهو مدعى عليه ويسمى ظنينا إذا ظن فيه بجنحة ومتهما إذا اتهم بجناية". **وفي المادة رقم3**: (تقام دعوى الحق العام على المدعى عليه أمام المرجع القضائي المختص التابع له مكان وقوع الجريمة أو موطن المدعى عليه أو مكان إلقاء القبض عليه).

أما قانون الإثبات السوداني لسنة 1983 الصادر في (1983/10/6) الفصل الثاني/ أحكام عامة/ قواعد أصولية وردت المواد التالية:

(1) الأصل في المعاملات براءة الذمة والبينة على من يدعى خلاف ذلك. (2)الأصل براءة المتهم حتى تثبت إدانته دون شك معقول. (3) الأصل في أحوال البالغ السلامة والحرية والبينة على من يدعى عارضا على أهليته أو قيام ولاية عليه.(4) الأصل صحة الظاهر والبينة على من يدعى خلاف ذلك. (5) الأصل فيما ثبت بزمان بقاؤه على ما كان عليه لزمن معقول والبينة على من يدعى زواله أو تحوله. (6) الأصل جريان ما هو على حاله، والأصل في الأمور العارضة العدم والبينة على من يدعى خلاف ذلك. (7) الأصل في التدابير التشريعية والتنفيذية والقضائية أنها جارية على حكم القانون والبينة على من يدعى خلاف ذلك. وفي تعليق لأحد القضاة السودانيين على قانون الإثبات المذكور: "هو قانون لبيان أدلة الإثبات في المعاملات والمسائل الجنائية، ولقد انطلق القانون من الأصول الشرعية في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ثم

استهدى بأقوال السلف الصالح وخصوصاً رسالة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب القضائية الشهيرة التي بعثها لقضاته. وبالسوابق القضائية التي مارسها القضاء فترة طويلة بما لا يخالف الشريعة الإسلامية.. ولقد حدد القانون في الفصل الثاني مبادئ أساسية وقواعد وأحكام عامة تستهدي بها المحاكم في إثبات الجريمة وتوجيه الاتهام وإثبات الحق المدني"[84]

هكذا نستطيع أن نقول إن النيابة العامة عندما تقبض على شخص ما، وتوجه له أصابع الاتهام ومن ثم تحيله إلى القضاء فإنه لزام عليها أن تثبت أن هذا الشخص المتهم هو الذي اقترف الجريمة، ويقع عليها عبء الإثبات لأنها تدعي خلاف الأصل؛ والأصل أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته. وبعد أن تكتمل أركان الدعوى لدى النيابة العامة فإنها تحيلها إلى المحكمة الجنائية: "تطرح الدعوى الجنائية على القضاء إما بعد جمع الاستدلالات عنها، وإما بعد تحقيقها بمعرفة إحدى سلطات تحقيقها بعد سلطات التحقيق، وإما بعد إتمام الأمرين معاً، وما الأمران سوى مرحلة من مراحل الإثبات في المواد الجنائية، لا تعرف المواد المدنية لها مقابلاً، للفروق بين كل من الدعويين في طبيعتهما وموضوعهما"[85]

---

[84] المكاشفي طه الكباشي (الدكتور): تطبيق الشريعة الإسلامية في السودان بين الحقيقة والإثارة. الزهراء للإعلام العربي - 1986/1406 ص23. المكاشفي كان يعمل قاضياً بالمحكمة العليا ورئيس محكمة جنايات الخرطوم.

[85] رؤوف عبيد (الدكتور): مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري دار الجيل للطباعة مصر - ط16 - 1985 - ص694.

لكن هل ستسلم المحكمة بما قدمته النيابة العامة من أدلة ضد المتهم؟

القانون أوجب على القاضي أن يمحص الأدلة المطروحة عليه في الدعوى : "أن تعود المحكمة الجنائية من جديد إلى تحقيق الأدلة المطروحة عليها بنفسها حتى تتمكن من تمحيصها جيداً، ومن تقليب وجوه النظر فيها على كافة الاحتمالات، وفي النهاية من تكوين عقيدتها في ضوء ما يستريح إليه وجدانها منها، سواء أكانت مجرد استدلالات، أم أدلة تكشف عنها التحقيق الابتدائي أو النهائي. فإما اقتناع بثبوت التهمة مبني على اليقين، لا الحدس والتخمين، وإما اقتناع ببراءة المتهم، أو بالأقل بوجود شك في أدلة اتهامه، وما جعل عليها حينئذ سوى أن تطلق ساحته، وخير على أية حال أن يبرأ المسيء من أن يدان البريء خطأ أو تسرعاً"[86]

صفوة القول: إن قاعدة البينة على المدعي تكاد تكون قاعدة عامة في كافة التشريعات الحديثة سواء في المواد المدنية أو المواد الجنائية وفي ذلك تلتقي القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية في هذه القاعدة (البينة على المدعي) بل إن الشريعة الإسلامية قد سبقت التشريعات الحديثة بقرون طويلة، بل واستقت منها تلك التشريعات هذه القاعدة واعتبرته من أهم ضمانات العدالة.

---

[86] رؤوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية ـ السابق ـ ص694.

الفصل الثاني

(الإقرار)

الفصل الثاني

الإقرار

نتناول في هذا الفصل الإقرار باعتباره سيد الأدلة وأقواها من أدلة الثبوت؛ نتكلم عن تعريف الإقرار، وحجيته، ومشروعيته، وشروطه في الشريعة الإسلامية، وفي المقابل نتناول الإقرار في القانون الوضعي؛ تعريفه وشروطه . وسنتناول هذا الفصل على النحو التالي:

(الأول):

الإقرار في الفقه الجنائي الإسلامي ويتكون من التالي:

(أ) تعريف الإقرار لغة.

(ب) تعريف الإقرار اصطلاحاً.

(ج) حجية الإقرار.

(د) مشروعية الإقرار.

(هـ) شروط الإقرار في الشريعة الإسلامية.

(الثاني):

الإقرار في القانون الوضعي ويتكون من:

أولاً: تعريف الإقرار في القانون الوضعي.

ثانياً: شروط الإقرار في القانون الوضعي.

(الأول) الإقرار في الفقه الجنائي الإسلامي:

(أ) تعريف الإقرار لغة:

"هو الإثبات من قر الشيء يقر قراراً، إذا ثبت، والإقرار الإذعان للحق، وأقره في مكانه واستقر"[87]

"أقر بالحق: اعترف به، وقرره غيره بالحق حتى أقر به. وقرره بالشيء حمله على الإقرار به"[88]

و"قرر الشيء قراً من باب ضرب: استقر بالمكان، والاسم القرار ومنه قيل لليوم الأول من أيام التشريف يوم القر: لأن الناس يقرون في منى للنحر، ثم قال: وأقر الله إقراراً: أصابه بالقر، وأقر بشئ إذا اعترف به، وأقررت العامل على عمله، والطير في وكره: تركته قاراً"[89]

وفي المغني: "الإقرار: هو الاعتراف"[90]

إذن الإقرار لغة يأتي بمعنى الإذعان للحق والاعتراف به.

(ب) الإقرار اصطلاحاً:

تعريف الإقرار في اصطلاح الفقهاء هو: "إخبار عن ثبوت الحق"[91]

---

[87] القاموس المحيط: ج2 ـ ص116.

[88] الرازي: مختار الصحاح ـ ص529.

[89] المقري: أحمد بن علي الفيومي: المصباح المنير: المطبعة الأميرية ـ ج2 ـ ص 154.

[90] ابن قدامة: المغني مع الشرح الكبير ـ دار الكتاب العربي ـ بيروت ـ ج5 ـ ص271.الإقرار: وجاء في الروضة البهية: "الإقرار: مصدر باب الأفعال. بمعنى الاعتراف . ويطلق على الذي يقر اسم " المقر " بكسر القاف وعلى الشئ أو الأمر الذي أقر به اسم " المقر به " بفتح القاف، وعلى الذي يكون إقرار المقر لصالحه اسم " المقر له " بفتح القاف أيضا" راجع: الشهيد الثاني: الروضة البهية في شرح اللمعة

وفـي معجـم الفقـه الحنبلـي تعليـق علـى تعريـف ابـن قدامـة للإقـرار بالاعتراف: "تفسير الإقرار بـالاعتراف هـو تفسـير الشـيء بمرادفـه. وقد جاء في (منتهى الإرادات) كما يلي: هو إظهـار مكلف مختـار مـا عليـه بلفـظ أو كتابـة أو إشـارة أخـرس، أو علـى موكلـه أو موليـه أو مورثه بما يمكن صدقه"[92]

وفي مجلة الأحكام العدلية: "الإقرار هو إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر ويقال لذلك مقر ولهذا مقر له، وللحق مقر به"[93] معنـى ذلـك أن التعريف اللغوي متقارب مع التعريف الشرعي.

(ج) حجية الإقرار:

يعتبـر الإقـرار مـن أقـوى الحجـج الشـرعية علـى صـحة ارتكـاب الجريمـة، لأن المقـر أعلـم مـن غيـره فيمـا إذا ارتكبهـا أم لا؟ والمـرء مؤاخذ بإقراره لوقوعه دلالة على المخبر عنه، حتى أن المدعى عليه إذا اعترف لم تسمع عليـه الشـهادة وإنمـا تسـمع إذا أنكـر، وعليـه فمـن أقر بالقتل قتل وإن لم تكن عليه بينة.

الدمشقية ــ مركز آل البيت العالمي للمعلومات ج6 - 377.

[91] الميرغناني: برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل - الهداية شرح بداية المبتدي - تحقيق أيمن صالح شعبان - المكتبة التوفيقية - القاهرة - ج3 - ص345.

[92] ابن قدامة: المغني مع الشرح الكبير - (معجم الفقه الحنبلي) الجزء الأول من (أ - ش) - دار الكتاب العربي - بيروت - هامش ص79.

[93] علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام/مج4 ص84.

والإقرار على قوته "حجة قاصرة"[94] على المقر ولا يتعدى إلى غيره فمن أقر على نفسه وعلى غيره، فيقبل إقراره في حق نفسه، ويكون شاهداً في حق غيره، ومن اعترف بقتل شخص وأن آخر شاركه، فإن هذا الاعتراف يكون حجة قاصرة على المعترف فقط ما دام الآخر ينكره، فإذا سلم به يؤاخذ باعترافه، وهذا بخلاف البينة التي تتعدى إلى الغير، وقصور الإقرار على أصحابه لعدم ولا يته على غيره.

وتحقيقه أن الإقرار "خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملاً، والمحتمل لا يصلح حجة، ولكن جعل حجة بترجح جانب الصدق بانتفاء التهمة فيما يقر به على نفسه "والتهمة باقية في الإقرار على غيره فبقي التردد النافي لصلاحية الحجية"[95]

وعلى ضوء ما سبق لا يعتبر الإقرار دليلاً في الإثبات إلا إذا اقتنع به القاضي وهذا يتطلب أن يكون الإقرار قد توافرت فيه شروطه الشرعية. كذلك يجب على القاضي أن يتحقق من صدق الإقرار من الناحية الواقعية، إذ قد يصدر الإقرار مستوفياً شروطه من حيث الظاهر لكن في الحقيقة قد يكون نتيجة تواطؤ أو تضليل أو غرض آخر. فمثل هذه الإقرارات يجب التثبت في الأخذ بها، والعمل بموجبها وللقاضي مطلق الحرية في تقدير ذلك، والكشف عن

---

[94] جاء في درر الحكام: نص المادة (78): "البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة ـ هذه القاعدة الشرعية وردت في كثير من الكتب الفقهية منها تنوير الأبصار وشرحه وقد وردت فيها على الصورة الآتية: والأصل أن البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة على المقر لعدم ولايته على غيره" راجع: علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ـ دار الجيل ـ بيروت ـ ج1 ـ ص77.

[95] الميرغناني: العناية: ج8 ص332 وتبين الحقائق: ج5 ص3.

البواعث الحقيقية لها، وعلى ضوء ما يتضح له يبني موقفه من قبول الإقرار أو رده. ومتى اطمأن القاضي إلى الإقرار وتحقق من جميع شروطه وكان متفقاً مع ما استخلصه من ظروف الدعوى، له أن يستند إليه وحده في الحكم على المتهم ولو لم يعزز بدليل آخر. وذلك استناداً إلى قوله صلى الله عليه وسلم :(واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها) وقد رجم النبي صلى الله عليه وسلم ماعزاً والغامدية والجهنية بإقرارهم.

أقول: وهذا يتفق مع نص المادة 271 من قانون الإجراءات الجنائية المصري: (وبعد ذلك يسأل المتهم عما إذا كان معترفاً بارتكاب الفعل المنسوب إليه، فإن اعترف جاز للمحكمة الاكتفاء باعترافه، والحكم عليه بغير سماع الشهود. وإلا فتسمع شهادة شهود الإثبات).

(د) مشروعية الإقرار:

الأصل في حجية الإقرار: الكتاب والسنة، والإجماع، والمعقول.

أولاً: القرآن الكريم:

(1): (وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنْصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَى ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ)[96]

وجه الاستدلال: نص الآية يطلب من النبيين الإقرار فلو كان غير مشروع لما طلبه منهم، لأن الله سبحانه وتعالى لا يكلف أحداً الإتيان بمعصية، وقد أقر النبيون فلو كان الإقرار غير مشروع لما فعله النبيون. وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ.

لكن الحائري له رأي آخر: "من الواضح أن الإقرار هنا بمعنى التعهد وإعطاء الميثاق، لا بالمعنى المقصود في المقام، ولا علاقة لمورد الآية بما نحن فيه أبداً، كما أن المقصود بالشهادة في ذيل الآية ـ على ما يبدو ـ هي الشهادة عن الأمة التي كان النبي صلى الله عليه وسلم ـ في إعطائه للميثاق ـ ممثلاً لها لا الشهادة على أنفسهم، ولو كان المقصود هي الشهادة على أنفسهم قلنا: لم تجعل هذه الشهادة موضوعاً للحكم الشرعي بالنفوذ"[97]

---

[96] آل عمران: آية 81.

[97] الحائري: القضاء في الفقه الإسلامي/ص730، ص731.

أقول: الآية موردها واستدلالها سليم في هذا الموضع كما بينا في وجه الاستدلال وقد ذكر القرطبي في هذه الآية: "(أقررتم) من الإقرار، والإصرار لغتان، وهو العهد. والإصر في اللغة الثقل؛ فسمي العهد إصراً لأنه منع وتشديد. (قال فاشهدوا) أي اعلموا؛ عن ابن عباس. الزجاج: بينوا لأن الشاهد هو الذي يصحح دعوى المدعي. وقيل المعنى: اشهدوا على أنفسكم وعلى أتباعكم. (وأنا معكم من الشاهدين) عليكم وعليهم"[98]

(2): (وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ)[99]

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى أمر بإملاء من عليه الحق، فلو لم يكن الإملاء لازماً لما أمر به، ولا يتحقق الإملاء إلا بالإقرار، ونهى سبحانه في الآية عن كتمان الشهادة وهو دليل لزوم الإقرار.

قال ابن عطية: "أمر الله تعالى الذي عليه الحق بالإملاء، لأن الشهادة إنما تكون بحسب إقراره، وإذا كتبت الوثيقة وأقر بها فهو كإملاله"[100]

قال القرطبي: "(وليملل الذي عليه الحق) وهو المديون المطلوب يقر على نفسه بلسانه ليعلم ما عليه. والإملاء والإملال لغتان، أملّ وأملى؛ فأملّ لغة أهل الحجاز وبني أسد، وتميم تقول: أمليت. وجاء

---

[98] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن/مج4،3/الجزء الرابع ص134.

[99] البقرة: آية 282.

[100] ابن عطية: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز/دار ابن حزم/بيروت/ط1423/1هـ/ص259.

القرآن باللغتين؛ قال عز وجل (فهي تملى عليه بكرة وأصيلا)[101].
والأصل أمللت أبدل من اللام ياء لأنه أخف. فأمره الله تعالى الذي عليه الحق بالإملاء؛ لأن الشهادة إنما تكون بسبب إقراره"[102]
ويقول ابن عابدين: "أمره بالإملال، فلو لم يقبل إقراره لما كان للإملال معنى"[103]
(3): (وَآخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ خَلَطُوا عَمَلاً صَالِحاً وَآخَرَ سَيِّئاً عَسَى اللَّهُ أَنْ يَتُوبَ عَلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)[104]
وجه الدلالة: أن الاعتراف هو الإقرار.
وجه الاستدلال: ورد في النص "ما يفيد جواز الإقرار بالذنب، وأنه الطريق إلى التوبة التي بها يغفر الله الذنوب إن صحت وكانت التوبة نصوحاً"[105]
لكن الحائري لم يعترف بهذا الاستدلال إذ يقول: "وهذه الآية كما ترى أجنبية عن المقام، وإنما هي بصدد بيان أن الاعتراف بالذنب يوجب التخفيف"[106]
أقول:هذه الآية الشاهد فيها (اعترفوا بذنوبهم) حيث قال الطبري: "يقول تعالى ذكره:(ومن أهل المدينة منافقون مردوا على النفاق اعترفوا بذنوبهم) يقول: أقروا بذنوبهم"[107]

---

[101] الفرقان: آية 5.
[102] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن/مج4،3/الجزء الرابع ص383.
[103] ابن عابدبن: محمد علاء الدين أفندي نجل مؤلف الحاشية: حاشية قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار/ج8 ص100.
[104] التوبة: آية 102.
[105] ابن الهمام: فتح القدير ج6 ص281.
[106] الحائري: القضاء في الفقه الإسلامي ص731.

(4): (بل الإنسان على نفسه بصيرة ولو ألقى معاذيره)[108]

وجه الدلالة: "قال ابن عباس أي شاهد بالحق. وقال أبو السعود: أي حجة بينة على نفسه شاهدة بما صدر عنه من الأعمال"[109]

وقال ابن عطية: "إنه فيه وفي عقله وفطرته حجة وشاهد مبصر على نفسه، ولو اعتذر عن قبيح أفعاله فهو يعلم قبحها"[110]

(5) ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ)[111]

وجه الدلالة: شهادة المرء على نفسه هي الإقرار كما قال المفسرون. فلو كان الإقرار غير مشروع لما طلب الإتيان به طلباً حثيثاً.

قال الحائري: "وهذه الآية أقرب إلى المقصود، ولكنها أيضاً أجنبية عنه، فإنها لا تدل على أكثر من تحبيذ الإقرار بالحق والالتزام به المؤثر في رفع النزاع تكويناً. ولا علاقة به بنفوذ الإقرار"[112] قال في المحرر الوجيز: "وشهادة المرء على نفسه: إقراره بالحقائق وقوله الحق في كل أمره، وقيامه بالقسط عليها كذلك"[113]

ثانياً: السنة:

---

[107] الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن/دار الفكر/ بيروت/ط1421/1هـ/مج7 ص16.

[108] القيامة: آية 14.

[109] أبو السعود: تفسير أبي السعود ج5 ص430.

[110] ابن عطية: المحرر الوجيز/طبعة دار ابن حزم/بيروت/ص1924.

[111] النساء: آية 135.

[112] الحائري: القضاء في الفقه الإسلامي ص731، ص732.

[113] ابن عطية: المحرر الوجيز/طبعة دار ابن حزم/بيروت/ص489.

وردت أحاديث كثيرة تفيد حجية الإقرار وهي:
(1): روى عنه أنه صلى الله عليه وسلم أنه رجم ماعزاً والغامدية بناء على إقرارهما:
"عَنْ عَلْقَمَةَ بْنِ مَرْثَدٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ بُرَيْدَةَ عَنْ أَبِيهِ قَالَ جَاءَ مَاعِزُ بْنُ مَالِكٍ إِلَى النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ طَهِّرْنِى . فَقَالَ « وَيْحَكَ ارْجِعْ فَاسْتَغْفِرِ اللَّهَ وَتُبْ إِلَيْهِ » . قَالَ فَرَجَعَ غَيْرَ بَعِيدٍ ثُمَّ جَاءَ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ طَهِّرْنِى . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم « وَيْحَكَ ارْجِعْ فَاسْتَغْفِرِ اللَّهَ وَتُبْ إِلَيْهِ » . قَالَ فَرَجَعَ غَيْرَ بَعِيدٍ ثُمَّ جَاءَ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ طَهِّرْنِى . فَقَالَ النَّبِىُّ صلى الله عليه وسلم مِثْلَ ذَلِكَ حَتَّى إِذَا كَانَتِ الرَّابِعَةُ قَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم « فِيمَ أُطَهِّرُكَ » . فَقَالَ مِنَ الزِّنَى . فَسَأَلَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم « أَبِهِ جُنُونٌ » . فَأُخْبِرَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَجْنُونٍ . فَقَالَ « أَشَرِبَ خَمْرًا » . فَقَامَ رَجُلٌ فَاسْتَنْكَهَهُ فَلَمْ يَجِدْ مِنْهُ رِيحَ خَمْرٍ . قَالَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم « أَزَنَيْتَ » . فَقَالَ نَعَمْ . فَأَمَرَ بِهِ فَرُجِمَ فَكَانَ النَّاسُ فِيهِ فِرْقَتَيْنِ قَائِلٌ يَقُولُ لَقَدْ هَلَكَ لَقَدْ أَحَاطَتْ بِهِ خَطِيئَتُهُ وَقَائِلٌ يَقُولُ مَا تَوْبَةٌ أَفْضَلَ مِنْ تَوْبَةِ مَاعِزٍ أَنَّهُ جَاءَ إِلَى النَّبِىِّ صلى الله عليه وسلم فَوَضَعَ يَدَهُ فِى يَدِهِ ثُمَّ قَالَ اقْتُلْنِى بِالْحِجَارَةِ - قَالَ - فَلَبِثُوا بِذَلِكَ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلاَثَةً ثُمَّ جَاءَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم وَهُمْ جُلُوسٌ فَسَلَّمَ ثُمَّ جَلَسَ فَقَالَ « اسْتَغْفِرُوا لِمَاعِزِ بْنِ مَالِكٍ » . قَالَ فَقَالُوا غَفَرَ اللَّهُ لِمَاعِزِ بْنِ مَالِكٍ . - قَالَ - فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم « لَقَدْ تَابَ تَوْبَةً لَوْ قُسِمَتْ بَيْنَ أُمَّةٍ لَوَسِعَتْهُمْ » . قَالَ ثُمَّ جَاءَتْهُ امْرَأَةٌ مِنْ غَامِدٍ مِنَ الأَزْدِ فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ طَهِّرْنِى . فَقَالَ « وَيْحَكِ ارْجِعِى فَاسْتَغْفِرِى اللَّهَ وَتُوبِى إِلَيْهِ » . فَقَالَتْ أَرَاكَ تُرِيدُ أَنْ تُرَدِّدَنِى كَمَا رَدَّدْتَ مَاعِزَ بْنَ

مَالِكِ . قَالَ « وَمَا ذَاكِ » . قَالَتْ إِنَّهَا حُبْلَى مِنَ الزِّنَا . فَقَالَ « آنْتِ » . قَالَتْ نَعَمْ . فَقَالَ لَهَا « حَتَّى تَضَعِى مَا فِى بَطْنِكِ » . قَالَ فَكَفَلَهَا رَجُلٌ مِنَ الأَنْصَارِ حَتَّى وَضَعَتْ قَالَ فَأَتَى النَّبِىَّ صلى الله عليه وسلم فَقَالَ قَدْ وَضَعَتِ الْغَامِدِيَّةُ . فَقَالَ « إِذًا لاَ نَرْجُمَهَا وَنَدَعَ وَلَدَهَا صَغِيرًا لَيْسَ لَهُ مَنْ يُرْضِعُهُ » . فَقَامَ رَجُلٌ مِنَ الأَنْصَارِ فَقَالَ إِلَىَّ رَضَاعُهُ يَا نَبِىَّ اللَّهِ . قَالَ فَرَجَمَهَا"[114]

(2): **حديث العسيف:** "عَنْ أَبِى هُرَيْرَةَ وَزَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الْجُهَنِىِّ أَنَّهُمَا قَالاَ إِنَّ رَجُلاً مِنَ الأَعْرَابِ أَتَى رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَنْشُدُكَ اللَّهَ إِلاَّ قَضَيْتَ لِى بِكِتَابِ اللَّهِ . فَقَالَ الْخَصْمُ الآخَرُ وَهُوَ أَفْقَهُ مِنْهُ نَعَمْ فَاقْضِ بَيْنَنَا بِكِتَابِ اللَّهِ وَائْذَنْ لِى . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم « قُلْ » . قَالَ إِنَّ ابْنِى كَانَ عَسِيفًا عَلَى هَذَا فَزَنَى بِامْرَأَتِهِ وَإِنِّى أُخْبِرْتُ أَنَّ عَلَى ابْنِى الرَّجْمَ فَافْتَدَيْتُ مِنْهُ بِمِائَةِ شَاةٍ وَوَلِيدَةٍ فَسَأَلْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ فَأَخْبَرُونِى أَنَّمَا عَلَى ابْنِى جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ وَأَنَّ عَلَى امْرَأَةِ هَذَا الرَّجْمَ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم « وَالَّذِى نَفْسِى بِيَدِهِ لأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمَا بِكِتَابِ اللَّهِ الْوَلِيدَةُ وَالْغَنَمُ رَدٌّ وَعَلَى ابْنِكَ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ وَاغْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةِ هَذَا فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا » . قَالَ فَغَدَا عَلَيْهَا فَاعْتَرَفَتْ فَأَمَرَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم فَرُجِمَتْ"[115]

وجه الدلالة:

---

[114] صحيح مسلم: الحديث رقم: 4527 باب الحدود.

[115] مسلم: رقم الحديث: 4531 في باب الحدود. ورواه البخاري في باب المحاربين برقم 6860 ورواه أيضافي باب الوكالة والشروط قريب من هذه الألفاظ.

الحديثان يفيدان أن النبي صلى الله عليه وسلم أثبت الحد بالاعتراف، وأنه لو لم يكن الإقرار حجة لما أخذ بإقرار ماعز والغامدية وألزمهما بإقرارهما وحدهما، ولما طلب من أنيس الذهاب إلى المرأة التي ادعى عليها العسيف بأنه زنى بها، وأن يسألها وأنها إذا أقرت أخذها باعترافها، وأقام عليها الحد وإن لم تعترف حد العسيف حد القذف. وهكذا علق رسول الله صلى الله عليه وسلم إقامة الحد على اعترافها فلما اعترفت أمر بها فرجمت. فإذا كان الإقرار حجة فيما يندرئ بالشبهات وهي الحدود فلأن يكون حجة في غيره أولى.

(3): حديث الجارية المقتولة:

" عَنْ قَتَادَةَ عَنْ أَنَسٍ - رضى الله عنه - : أَنَّ يَهُودِيًّا رَضَّ رَأْسَ جَارِيَةٍ بَيْنَ حَجَرَيْنِ ، قِيلَ : مَنْ فَعَلَ هَذَا بِكِ ؟ أَفُلاَنٌ ، أَفُلاَنٌ ؟ حَتَّى سُمِّيَ الْيَهُودِيُّ فَأَوْمَتْ بِرَأْسِهَا ، فَأُخِذَ الْيَهُودِيُّ فَاعْتَرَفَ ، فَأَمَرَ بِهِ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم فَرُضَّ رَأْسُهُ بَيْنَ حَجَرَيْنِ"[116]

وفي مسلم: " حَدَّثَنَا قَتَادَةُ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ جَارِيَةً وُجِدَ رَأْسُهَا قَدْ رُضَّ بَيْنَ حَجَرَيْنِ فَسَأَلُوهَا مَنْ صَنَعَ هَذَا بِكِ فُلاَنٌ فُلاَنٌ حَتَّى ذَكَرُوا يَهُودِيًّا فَأَوْمَتْ بِرَأْسِهَا فَأُخِذَ الْيَهُودِيُّ فَأَقَرَّ فَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم أَنْ يُرَضَّ رَأْسُهُ بِالْحِجَارَةِ"[117]

وجه الدلالة:

الحديث يدل على صحة إقرار الجاني، لذا أمر سول الله صلى الله عليه وسلم أن يقتص من الجاني الذي قتل الجارية بناء على إقراره.

---

[116] البخاري: الحديث رقم 2413 باب الخصومات.

[117] مسلم: الحديث رقم 4458 باب القسامة.

(4): " عَنْ سِمَاكِ بْنِ حَرْبٍ أَنَّ عَلْقَمَةَ بْنَ وَائِلٍ حَدَّثَهُ أَنَّ أَبَاهُ حَدَّثَهُ قَالَ إِنِّى لَقَاعِدٌ مَعَ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم إِذْ جَاءَ رَجُلٌ يَقُودُ آخَرَ بِنِسْعَةٍ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ هَذَا قَتَلَ أَخِى . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم « أَقَتَلْتَهُ » . فَقَالَ إِنَّهُ لَوْ لَمْ يَعْتَرِفْ أَقَمْتُ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ . قَالَ نَعَمْ . قَتَلْتُهُ قَالَ « كَيْفَ قَتَلْتَهُ » . قَالَ كُنْتُ أَنَا وَهُوَ نَخْتَبِطُ مِنْ شَجَرَةٍ فَسَبَّنِى فَأَغْضَبَنِى فَضَرَبْتُهُ بِالْفَأْسِ عَلَى قَرْنِهِ فَقَتَلْتُهُ . فَقَالَ لَهُ النَّبِىُّ صلى الله عليه وسلم « هَلْ لَكَ مِنْ شَىْءٍ تُؤَدِّيهِ عَنْ نَفْسِكَ » . قَالَ مَا لِى مَالٌ إِلاَّ كِسَائِى وَفَأْسِى . قَالَ « فَتَرَى قَوْمَكَ يَشْتَرُونَكَ » . قَالَ أَنَا أَهْوَنُ عَلَى قَوْمِى مِنْ ذَاكَ . فَرَمَى إِلَيْهِ بِنِسْعَتِهِ . وَقَالَ « دُونَكَ صَاحِبَكَ » . فَانْطَلَقَ بِهِ الرَّجُلُ فَلَمَّا وَلَّى قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم « إِنْ قَتَلَهُ فَهُوَ مِثْلُهُ » . فَرَجَعَ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّهُ بَلَغَنِى أَنَّكَ قُلْتَ « إِنْ قَتَلَهُ فَهُوَ مِثْلُهُ » . وَأَخَذْتُهُ بِأَمْرِكَ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم « أَمَا تُرِيدُ أَنْ يَبُوءَ بِإِثْمِكَ وَإِثْمِ صَاحِبِكَ » . قَالَ يَا نَبِىَّ اللَّهِ - لَعَلَّهُ قَالَ - بَلَى . قَالَ « فَإِنَّ ذَاكَ كَذَاكَ » . قَالَ فَرَمَى بِنِسْعَتِهِ وَخَلَّى سَبِيلَهُ"[118]

وجه الدلالة:

الحديث دليل على صحة إقرار المتهم بالقتل وتمكين ولي الدم من القصاص، فالجاني اعترف بالقتل، ويؤخذ هذا من قوله (نعم قتلته)، ومن قوله: (فضربته بالفأس على قرنه فقتلته) وبناء على اعترافه ألقاه صلى الله عليه وسلم إلى ولي الدم وأسلمه لاستيفاء حقه بالقصاص. ويؤخذ من الحديث أيضاً: أن المدعى عليه إذا اعترف لم

---

[118] مسلم: الحديث رقم 4481 باب القسامة. وكذا رواه البيهقي في سننه في كتاب النفقات تحت رقم: 16475 وفي سنن النسائي في كتاب القسامة تحت رقم: 4744

تسمع عليه البينة، فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يطلب البينة التي وعد ولي الدم بإحضارها إن أنكر الجاني. فالجاني عندما أقر بالقتل اكتفى بذلك منه.

ثالثاً: الإجماع:

فقد أجمعت الأمة الإسلامية بجميع مذاهبها الفقهية دون نكير من أحد على حجية الإقرار من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا..

رابعاً: العقل:

"ولأن الإقرار إخبار على وجه تنتفي عنه التهمة والريبة، فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذباً يضرها، ولهذا كان آكد من الشهادة، فإن المدعي عليه إذا اعترف لم تسمع عليه الشهادة وإنما تسمع إذا أنكر"[119]

"إن الخبر كان متردداً بين الصدق والكذب في الأصل لكن ظهر رجحان الصدق على الكذب في الإقرار لوجود الداعي إلى الصدق والصارف عن الكذب، لأن عقله ودينه يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب، ونفسه الأمارة بالسوء ربما تحمله على الكذب في حق الغير، أما في حق نفسه فلا، فصار عقله ودينه وطبعه

[119] المقدسي: العدة شرح العمدة ص717.

دواعي إلى الصدق زواجر عن الكذب، فكان الصدق ظاهراً فيما أقر به على نفسه فوجب قبوله والعمل به"[120]

جاء في حاشية قرة عيون الأخيار: "إن العاقل لا يقر على نفسه كاذباً فيما فيه ضرر على نفسه أو ماله فترجحت جهة الصدق في حق نفسه لعدم التهمة وكمال الولاية. بخلاف إقراره في حق غيره"[121] وكذلك إن الضرورة داعية إلى القول بحجية الإقرار وإلا لزم ألا يمكن للإنسان أن يتخلص مما عليه من الحقوق إن لم تكن عليه بينة.

ومن يأخذ بالقياس فإنه يرى أنه إذا حكم على المتهم بشهادة غيره فأولى وأحرى أن يحكم على نفسه بإقراره.. فإن الإقرار آكد من الشهادة، لأنه لا يتهم فيما يقر به على نفسه، فإذا تعلق الحكم بالشهادة فلأن يتعلق بالإقرار أولى.. ولأنا إذا قبلنا الشهادة على الإقرار فلأن نقبل الإقرار أولى..

---

[120] ابن الهمام: فتح القدير/ج6 ص181

[121] محمد علاء الدين أفندي: حاشية قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار - مصطفى البابي الحلبي - القاهرة - ج8 - ص100 وص101.

(هـ) شروط الإقرار في الشريعة الإسلامية:

يشترط الفقه الجنائي الإسلامي عدة شروط ينبغي توفرها في المقر لكي يكون الإقرار صحيحاً، ويمكن حصرها في الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يكون المقر مكلفاً:

إن لفظ التكليف يتضمن شرطين؛ البلوغ والعقل.. فلكي تكتمل الأهلية الإجرائية لمن يقر بارتكاب جرم معين في الفقه الجنائي الإسلامي، يجب أن يكون متمتعاً بالإدراك أو التمييز وقت إدلائه بهذا الإقرار، ولا يتمتع بهذه الأهلية كل من الصغير، والمجنون، والنائم، والمغمى عليه وكذلك السكران وفقاً لرأي بعض الفقهاء ولذا فإن الإقرارات التي تصدر منهم لا يعتد بها. ومستندهم في ذلك حديث رفع القلم عن ثلاثة، ونصه كالتالي:

عَنْ عَائِشَةَ رضى الله عنها أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- قَالَ « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلاَثَةٍ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنِ الْمُبْتَلَى حَتَّى يَبْرَأَ وَعَنِ الصَّبِىِّ حَتَّى يَكْبَرَ »[122]

وبصيغة أخرى:

أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- قَالَ « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلاَثَةٍ عَنِ الْمَجْنُونِ الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ حَتَّى يُفِيقَ وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنِ الصَّبِىِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ »[123]

---

[122] أبو دادو: سنن أبي داود الحديث رقم 4400

[123] أبو داود: سنن أبي داود الحديث رقم 4403.

وبصيغة ثالثة:أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- قَالَ « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلاَثَةٍ عَنِ الصَّبِىِّ حَتَّى يَبْلُغَ وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنِ الْمَعْتُوهِ حَتَّى يَبْرَأَ »[124]

وحديث رفع القلم عن ثلاثة رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان والحاكم والبيهقي والدارقطني وابن خزيمة وغيرهم من أئمة الحديث.. وقد رمز له السيوطي قديماً بالصحة وحكم له الألباني حديثاً بالصحة أيضاً.[125]

---

[124] أبو داود: سنن أبي داود الحديث رقم 4404.. وفي سنن أبي داود رواية أخرى : عَنْ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلاَمُ عَنِ النَّبِىِّ -صلى الله عليه وسلم- قَالَ « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلاَثَةٍ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنِ الصَّبِىِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ ». قَالَ أَبُو دَاوُدَ رَوَاهُ ابْنُ جُرَيْجٍ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ يَزِيدَ عَنْ عَلِيٍّ رضى الله عنه عَنِ النَّبِىِّ -صلى الله عليه وسلم- زَادَ فِيهِ « وَالْخَرِفِ » الحديث رقم 4405. ونفس الحديث موجود في: في سنن الترمذي: كتاب الحدود الحديث رقم: 1488. وفي سنن النسائي: كتاب الطلاق الحديث رقم 3445. وفي سنن ابن ماجه: كتاب الطلاق. باب طلاق المعتوه والصغير والنائم. الحديث رقم 2119. وفي مسند أحمد: الحديث رقم 952. والحديث رقم: 25431. وفي سنن البيهقي: كتاب الإقرار. الحديث رقم 11786. وفي سنن الدارقطني: الحدود والديات الحديث رقم 3315. وفي سنن الدارمي: كتاب الحدود الحديث رقم 2351.

[125] ذكره السيوطي في الجامع الصغير بقوله: " رفع القلم عن ثلاثة : عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ وعن النائم حتى يستيقظ و عن الصبي حتى يحتلم" قال الألباني: (صحيح) انظر حديث رقم: 3512 في صحيح الجامع.. وفي رواية بصيغة أخرى: " رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ و عن المبتلى حتى يبرأ و عن الصبي حتى يكبر " (صحيح) انظر حديث رقم: 3513 في صحيح الجامع. وجاء في رواية ثالثة في الجامع الصغير: "رفع القلم عن ثلاث : عن النائم حتى يستيقظ و عن الصبي حتى يشب و عن المعتوه حتى يعقل" قال الألباني: (صحيح) انظر حديث رقم: 3514 في صحيح الجامع. راجع تخريج الحديث في: الألباني: محمد ناصر الدين: صحيح الجامع الصغير وزيادته المسمى (الفتح الكبير) ـ المكتب الإسلامي ـ بيروت ـ طبعة ثالثة ـ مج 1 ـ ص659. وتخريج الحديث تجده أيضاً في: ابن حجر العسقلاني: تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ـ تحقيق أبي عاصم حسن بن عباس بن قطب ـ مؤسسة قرطبة ـ القاهرة طبعة أولى ـ ج1 ـ ص328.

وجـه الدلالـة: الحـديث نـص علـى النـائم، والصـغير، والمجنـون، والمعتوه، والمغمى عليه في معنى المجنون والنائم. فلا يلزم إقرارهم شيئاً لعدم أهلية الإلتزام. وعليه لا يصح إقرار الصبي لعدم صحة عبارته، ولا يؤاخذ بعد بلوغه بما أقر به حال صباه، إلا أن يقر ثانياً بعد البلوغ فيؤخذ بإقراره، لأنه يعتبر إقراراً جديداً. وكذا المجنون والمعتوه والمغمى عليه والنائم. ومن زال عقله بسبب مباح، أو بعذر كمن شرب خمراً ظناً منه أنه ماء. أو أكره على شربه، أو شرب دواء للتداوي. قال صاحب فيض القدير: "(رفع القلم عن ثلاثة) كناية عن عدم التكليف إذ التكليف يلزم منه الكتابة فعبر بالكتابة عنه وعبر بلفظ الرفع إشعاراً بأن التكليف لازم لبني آدم إلا لثلاثة وأن صفة الرفع لا تنفك عن غيرهم (عن النائم حتى يستيقظ) من نومه (وعن المبتلى) بداء الجنون (حتى يبرأ) منه بالإفاقة وفي رواية بدل هذا وعن المجنون حتى يعقل (وعن الصبي) يعني الطفل وإن ميز (حتى يكبر)، وفي رواية حتى يشب وفي رواية حتى يبلغ وفي رواية أخرى حتى يحتلم"[126]

أقول: نلاحظ أن عبارة (والصبي حتى يحتلم) تفسير لعبارة (الصبي حتى يكبر) لأن كلمة يكبر لا تشير إلى حد معين "قال السبكي : ليس في رواية حتى يكبر من البيان وفي قوله حتى يبلغ في هذه الرواية فالتمسك بها لبيانها وصحة سندها أولى وقوله تعالى حتى

[126]المناوي: محمد بن عبد الرؤوف المناوي: فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير - دار الفكر - بيروت - ط أولى 1416هـ/1996م - ج4 - ص46.

يبلغ مطلق والاحتلام مقيد فحمل عليه لأن الاحتلام بلوغ قطعاً وعدم بلوغ الخمسة عشر ليس ببلوغ قطعاً"[127]

إذن لا خلاف بين الفقهاء في عدم مؤاخذة الصبي بإقراره.. لكن الخلاف في حد الصغر منهم من اكتفى بعلامات البلوغ دون تحديد سن ومنهم من حدد سن البلوغ بالخمسة عشر كما في رواية السبكي. وعند الإمامية روايتان في سن البلوغ الأولى خمسة عشر والثانية عشر سنين. قال أقارضا المدني: **"**لا قصاص على الصبي ما لم يبلغ خمسة عشر سنة أو ما بحكمه من الميل إلى النكاح وغيره سواء صبياً أو بالغاً على المشهور بين الأصحاب بل عن الطوسي في الخلاف إجماع الفرقة الإمامية عليه وذلك لنفي التكليف عنه بالإجماع ولصحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: عمد الصبي وخطأه واحد. وما رواه إسحاق بن عمار أن علياً عليه السلام كان يقول: عمد الصبي خطأ يحمل على العاقلة"[128]

أقول: الخلاف بين بعض الفقهاء في سن البلوغ فقط؛ فهناك رواية أخرى في مذهب الإمامية بجعل سن البلوغ عشر سنين، لكن صاحب كتاب الشرائع اعتبرها رواية شاذة وقد نبه على ذلك صاحب كتاب القصاص إذ قال: "لا إشكال في تحقق البلوغ في الصبي ببلوغه خمسة عشر سنة. وبالاحتلام والميل إلى النكاح والإنبات.. وأما بلوغه عشر سنين كما في النهاية للشيخ رحمة الله عليه فلا دليل عليه.. نعم في كتاب الشرائع للمحقق طاب ثراه قال في رواية يقتص من الصبي إذا بلغ عشراً، وأيضاً قال محمد بن إدريس في السرائر:

---

127 المناوي: فيض القدير - ج4 - ص46.

128 أقارضا علي المدني: كتاب القصاص للفقهاء والخواص/ ص93.

وحده عشر سنين ولكنها رواية شاذة لا يلتفت إليها ولا يعرج عليها لأنها مخالفة لأصول مذهبنا ولظاهر القرآن والسنة"[129]

وفي درر الحكام: "يثبت حد البلوغ بالاحتلام والاحبال والحيض والحبل"[130] وفي المادة التالية من مجلة الأحكام تحديد لسن البلوغ: "مبدأ سن البلوغ في الرجل اثنتا عشرة سنة، وفي المرأة تسع سنوات، ومنتهاه في كليهما خمس عشرة سنة. وإذا أكمل اثنتي عشرة سنة ولم يبلغ يقال له (المراهق) وإذا أكملت المرأة تسعاً ولم تبلغ يقال لها (المراهقة) إلى أن يبلغا"[131]

العقل:

العقل مناط التكليف؛ فزوال العقل إما أن يكون بعذر ومن ثم فلا خلاف في عدم صحة اقراره كما هو ثابت في منطوق الأحاديث السابقة، وإما أن يكون بغير عذر ففيه تفصيل على النحو التالي:

إقرار السكران:

ينبغي أن نفرق بين حالتين؛ حالة إذا ما كان السكر بمباح كالدواء، أو الخمر ممن يجهل تحريمها أو جاهلاً كونها خمراً أو أكره على الشرب أو ما أشبه ذلك. في هذه الحالة فإن اقرار السكران لا يعتد به ولا تبنى عليه الأحكام وهذا بإجماع الفقهاء.

---

[129] أقارضا علي المدني: كتاب القصاص للفقهاء والخواص/ ص93.

[130] علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ـ تعريب المحامي فهمي الحسيني ـ دار الجيل بيروت ـ طبعة 1 ـ 1411هـ /1991م ـ مج2 ـ ص705 مادة 985 .

[131] علي حيدر: درر الحكام ـ مج2 ـ ص706 مادة 986.

أمـا الحالـة الثانيـة: إذا مـا كـان السكر بطريـق محـرم؛ وقـد اختلـف الفقهاء إزاء هذه المسألة إذ توجد مدرستان؛ الأولـى: تـرى عدم قبـول إقرار السكران. أما المدرسة الثانية: فإنها تضم اتجاهين: الأول يـرى مؤاخذة السكران بإقراره يستوي في ذلك الإقرار بحقوق الله الخالصة أو بحقـوق الآدميين. أمـا الثـاني: فيقصـر قبـول إقـرار السـكران علـى حقـوق الآدميـين دون الحـدود الخالصـة لله تعـالى. وهـذا مـا سـنتناولـه على النحو التالي:

المدرسة الأولى:

ترى عدم قبول إقرار السكران على الإطلاق سواء كان السكر بمبـاح أو بمحرم وسواء كان عمداً أم بدون قصد.. وتزعم هذه المدرسـة ابـن حزم الظاهري وحجته في ذلك قوله تعالى: " (يـا أيهـا الـذين آمنـوا لا تقربوا الصـلاة وأنـتم سكارى حتـى تعلمـوا مـا تقولـون)[132] فشـهد الله تعالى وهو أصدق شاهد: أن السكران لا يدري ما يقول ، وإذ لـم يـدر مـا يقـول فـلا شـئ عليـه، ولـم يختلـف أحـد مـن الأمـة فـي أن امـرءاً لـو نطق بلفظ لا يدري معناه ـ وكان معناه كفراً، أو قـذفاً، أو طـلاقـاً [133]ـ فإنـه لا يؤاخـذ بشـئ مـن ذلـك، فـإن السـكران لا يـدري مـا يقـول، فـلا يجوز أن يؤاخذ بشئ مما يقول، قذفاً كان أو غير قذف"[134]

وقـال أحمـد بعـدم صـحة إقـرار السـكران، وكـذا كـل مـن زال عقلـه بمعصية، لأنه يعقل ما يقول ولا يوثق بصحة كلامه. قال في المغني:

---

[132] سورة النساء: آية 43.

[133]ابن حزم: المحلى ـ تحقيق د. عبد الغفار سليمان البنداري ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ ج12: ص262.

[134] ابن حزم: المحلى -ج12: ص262.

"وإن كان بمعصية كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله عامداً لغير حاجة لم يصح إقراره. ويتخرج أن يصح بناء على وقوع طلاقه، وهو منصوص الشافعي، لأن أفعاله تجري مجرى الصاحي. ولنا (أي الحنابلة): أنه غير عاقل فلم يصح إقراره كالمجنون الذي سبب جنونه فعل محرم، ولأن السكران لا يوثق بصحة ما يقول "[135]

أما المدرسة الثانية:

فإنها تضم اتجاهين: الأول: يرى مؤاخذة السكران بإقراره يستوي في ذلك الإقرار بحقوق الله الخالصة أو بحقوق الآدميين. ويتزعم هذا الاتجاه الشافعي.

قال في المجموع: "فإن أقر السكران في حال سكره فهل يصح؟ فيه وجهان (أحدهما): لا يصح لأنه زائل العقل، فلم يصح إقراره كالمغمى عليه. (والثاني): يصح وهو الصحيح"[136] لأن الشافعي قال: "لو شرب خمراً أو نبيذاً فسكر فأقر في حال سكره لزمه به"[137]

أما في حالة الإكراه على شرب الخمر: "وإن أكره على شرب خمر فشربها حتى ذهب عقله ثم أقر، لا يلزمه إقراره وجهاً واحداً، لأنه معذور، في ذهاب عقله"[138]

والاتجاه الثاني: يتزعمه الأحناف: " إقرار السكران بطريق محظور صحيح في كل حق للعبد فلو أقر بقتل أقيم عليه القصاص، عقوبة

---

[135] ابن قامة: المغني ـ دار الكتاب العربي بيروت ـ ج5 ـ ص272. انظر في هامش الطبعة المذكورة أيضاً: ابن قدامة: الشرح الكبير ـ ج5 ـ ص272 ، ص273.

[136] النووي: المجموع شرح المهذب للشيرازي ـ تحقيق محمد نجيب المطيعي ـ مكتبة الإرشاد ـ جدة ـ السعودية ـ ج23 ـ ص237.

[137] النووي: المجموع شرح المهذب للشيرازي ـ ج23 ـ ص237.

[138] النووي: المجموع ـ ج23 ـ ص237.

عليه، ولأن حقوق العباد لا يصح فيها الرجوع أما إقراره في حقوق الله الخالصة كالزنى وشرب الخمر فلا يؤاخذ بإقراره، وذلك لأنه يصح الرجوع عن حقوق الله. والسكران لا يثبت على شئ وهنا شبهة في إقراره والحدود تدرأ بالشبهات"[139]

وهناك رواية أخرى لدى الحنابلة تقول بصحة إقرار السكران بمعصية، "لأن أفعاله تجري مجرى أفعال الصاحي كالطلاق، وكذا من زال عقله بمعصية، كمن شرب ما يزيل عقله عامداً لغير حاجة فيؤاخذ بإقراره جزاء له على معصيته"[140]

الرأي المختار:

نرى صحة ما ذهبت إليه المدرسة الأولى ورجحان الرأي بعدم صحة إقرار السكران لعدم توافر الإدراك لديه، لأنه زائل العقل بالسكر فأشبه المجنون. لكن إذا لم يكن فقده للشعور والإدراك تاماً فلا يبطل اعترافه بل يؤخذ به كنوع من الاستدلال على اقترافه جريمة القتل العمد.

---

[139] السرخسي: المبسوط - مج12/ج24 ص29.

[140] البهوتي: كشاف القناع - ج6 - ص454.

الشرط الثاني: أن يكون المقر مختاراً غير مكره:

وقبل أن نشرع في تفصيل الاتجاهات الفقهية لهذا الشرط نبدأ بمقدمة موجزة حول النقاط التالية:

(أ) **تعريف الإكراه وأنواعه:**

يعرف ابن الشحنة الحنفي الإكراه بقوله: (تهديد القادر على ما هدده على أمر بحيث ينتفي الرضا" **وفي درر الحكام**: "الإكراه هو إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالإخافة، ويقال له المكرَه (بفتح الراء) ويقال لمن أجبره (مجبر) ولذلك العمل مكره عليه وللشئ الموجب للخوف مكره به"[141]

(ب) أنواع الإكراه:

قال الفقهاء إن: "الإكراه على قسمين؛ الأول: هو الإكراه الملجئ الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي إلى إتلاف النفس أو قطع عضو. والثاني: هو الإكراه غير الملجئ الذي يوجب الغم والألم فقط كالضرب والحبس غير المبرح والمديد"[142]
أقول: يتفق الفقهاء على بطلان الإقرار الذي يكون وليد الإكراه الملجئ. أما القسم الثاني: فقد اختلف الفقهاء بشأنه وخاصة إكراه

---

[141] علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام مج2 - ص658 مادة: 948.
[142] علي حيدر: درر الحكام - مج2 - ص660 مادة: 949.

المجرمين عتاة الإجرام وأرباب السوابق وتزعم هذه المدرسة ابن قيم الجوزية وآخرون.

(ج) حد الإكراه:

اختلف العلماء في حد الإكراه: قال عمر بن الخطاب: "ليس الرجل آمن على نفسه إذا أخفته أو أوثقته أو ضربته. وقال ابن مسعود: ما كلام يدرأ عني سوطين إلا كنت متكلماً به. وقال الحسن: التقية جائزة للمؤمن إلى يوم القيامة؛ إلا أن الله تبارك وتعالى ليس يجعل في القتل تقية. وقال النخعي: القيد إكراه، والسجن إكراه. وهذا قول مالك، إلا أنه قال: والوعيد المخوف إكراه وإن لم يقع إذا تحقق ظلم ذلك المتعدي وإنفاذه لما يتوعد به، وليس عند مالك وأصحابه في الضرب والسجن توقيت، وإنما هو ما كان يؤلم من الضرب، وما كان من سجن يدخل منه الضيق على المكره. وإكراه السلطان وغيره عند مالك إكراه"[143]

قال القرطبي: " وتناقض الكوفيون فلم يجعلوا السجن والقيد إكراهاً على شرب الخمر وأكل الميتة؛ لأنه يخاف منها التلف، وجعلوها إكراهاً في إقراره لفلان عندي ألف درهم. قال سحنون: وفي إجماعهم على أن الألم والوجع الشديد إكراه، ما يدل على أن الأكراه يكون من غير تلف نفس. وذهب مالك إلى أن من أكره على يمين

---

[143] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ـ تحقيق د. محمد إبراهيم الحفناوي ود. محمود حامد عثمان دار الحديث ـ القاهرة ـ ـ ط2 ـ 1416هـ ـ مج9 ـ 10 ـ الجزء العاشر ص197.

بوعيد أو سجن أو ضرب أنه يحلف ولا حنث عليه؛ وهو قول الشافعي وأحمد وأبي ثور وأكثر العلماء"[144]

قال في المحلى:

"الإكراه: هو كل ما سمي في اللغة إكراهاً، وعرف بالحس أنه إكراه كالوعيد بالقتل ممن لا يؤمن منه إنفاذ ما توعد به، والوعيد بالضرب كذلك، أو الوعيد بالسجن كذلك، أو الوعيد بإفساد المال كذلك، أو الوعيد في مسلم غيره بقتل، أو ضرب، أو سجن، أو إفساد مال، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه)"[145]

(د) المستند الشرعي للإقرار تحت الإكراه:

استند الفقهاء إلى الأدلة التالية من الكتاب والسنة:

قوله تعالى: (إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان)[146] قال القرطبي: "لما سمح الله عز وجل بالكفر به وهو أصل الشريعة عند الإكراه ولم يؤاخذ به، حمل العلماء عليه فروع الشريعة كلها، فإذا وقع الإكراه عليها لم يؤاخذ به ولم يترتب عليه حكم"[147]

---

144 القرطبي: الجامع لأحكام القرآن - تحقيق د. محمد إبراهيم الحفناوي ود. محمود حامد عثمان دار الحديث - القاهرة - - ط2 - 1416هـ - مج9 - 10 - الجزء العاشر ص197.

145 ابن حزم: المحلى/تحقيق د.عبد الغفار سليمان البنداري/دار الكتب العلمية/بيروت/ج7ص203،ص204.

146 النحل: آية 106.

147 القرطبي: الجامع لأحكام القرآن - تحقيق د. محمد إبراهيم الحفناوي ود. محمود حامد عثمان دار الحديث - القاهرة - ط2 - مج9 - 10 - الجزء العاشر ص190.

ثانياً: حديث: (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)[148] رمز إليه الألباني بالصحة في صحيح الجامع الصغير.[149] قال

---

[148] لقد تتبع ابن حجر العسقلاني طرق إسناد هذا الحديث في تلخيص الحبير على النحو التالي: " حديث (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) قال النووي في الطلاق من الروضة في تعليق الطلاق: حديث حسن، وكذا قال في اواخر الأربعين له انتهى. رواه بن ماجة وابن حبان والدارقطني والطبراني والبيهقي، والحاكم في المستدرك من حديث الأوزاعي واختلف عليه: فقيل عنه عن عطاء عن عبيد بن عمير عن بن عباس بلفظ إن الله وضع وللحاكم والدارقطني والطبراني تجاوز وهذه رواية بشر بن بكر ورواه الوليد بن مسلم عن الأوزاعي فلم يذكر عبيد بن عمير قال البيهقي جوده بشر بن بكر وقال الطبراني في الأوسط لم يروه عن الأوزاعي يعني مجودا إلا بشر تفرد به الربيع بن سليمان والوليد فيه إسنادان آخران روى عن محمد بن المصفى عنه عن مالك عن نافع عن ابن عمر وعن ابن لهيعة عن موسى بن وردان عن عقبة بن عامر قال بن أبي حاتم في العلل سألت أبي عنها فقال هذه أحاديث منكرة كأنها موضوعة وقال في موضع آخر منه لم يسمعه الأوزاعي من عطاء إنما سمعه من رجل لم يسمه أتوهم أنه عبد الله بن عامر الأسلمي أو إسماعيل بن مسلم قال ولا يصح هذا الحديث ولا يثبت إسناده. وقال عبد الله بن أحمد في العلل سألت أبي عنه فأنكره جدا وقال ليس يروى هذا إلا عن الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم ونقل الخلال عن أحمد قال من زعم أن الخطأ والنسيان مرفوع فقد خالف كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن الله أوجب في قتل النفس الخطأ الكفارة يعني من زعم ارتفاعهما على العموم في خطاب الوضع والتكليف قال محمد بن نصر في كتاب الاختلاف في باب طلاق المكره يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (رفع الله عن هذه الأمة الخطأ والنسيان وما أكرهوا عليه) إلا أنه ليس له إسناد يحتج بمثله. ورواه العقيلي في تاريخه من حديث الوليد عن مالك به ورواه البيهقي وقال قال الحاكم هو صحيح غريب تفرد به الوليد عن مالك. وقال البيهقي في موضع آخر ليس بمحفوظ عن مالك ورواه الخطيب في كتاب الرواة عن مالك في ترجمة سوادة بن إبراهيم عنه وقال سوادة مجهول والخبر منكر عن مالك. ورواه ابن ماجة من حديث أبي ذر وفيه شهر بن حوشب وفي الإسناد انقطاع أيضا ورواه الطبراني من حديث أبي الدرداء ومن حديث ثوبان وفي إسنادهما ضعف وأصل الباب حديث أبي هريرة في الصحيح من طريق زرارة بن أوفى عنه بلفظ إن الله تجاوز لأمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم به ورواه بن ماجة ولفظه عما توسوس به صدورها بدل ما حدثت به أنفسها وزاد في آخره وما استكرهوا عليه والزيادة هذه أظنها مدرجة كأنها دخلت على هشام بن عمار من حديث في حديث والله

السرخسي: "وليس للمكره اختيار صحيح معتبر شرعاً فيما تكلم به بل هو مكره عليه، والإكراه يضاد الاختيار، فوجب اعتبار هذا الإكراه في انعدام اختياره به لكونه إكراهاً بالباطل، ولكونه معذوراً في ذلك، فإذا لم يبق له قصد معتبر شرعاً التحق بالمجنون"[150]

(هـ) هل يجوز ضرب المتهم ليقر بالجريمة؟

اختلف الفقهاء في ذلك إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يشترط أن يكون الإقرار صادراً عن إرادة حرة، ولذا يجب استبعاد وسائل التأثير المختلفة لحمل المتهم على إقرار كالإكراه بالضرب أو أخذ المال.

الاتجاه الثاني: يرى قبول الإقرار ولو كان نتيجة إكراه بالضرب أو بالسجن أو ما أشبه ذلك شريطة أن يخرج جسم الجريمة.

أعلم. (تنبيه): تكرر هذا الحديث في كتب الفقهاء والأصوليين بلفظ رفع عن أمتي ولم نره بها في الأحاديث المتقدمة عند جميع من أخرجه نعم رواه بن عدي في الكامل من طريق جعفر بن جسر بن فرقد عن أبيه عن الحسن عن أبي بكرة رفعه (رفع الله عن هذه الأمة ثلاثا الخطأ والنسيان والأمر يكرهون عليه) وجعفر وأبوه ضعيفان، كذا قال المصنف وقد ذكرناه عن محمد بن نصر بلفظه، وقد جدته في فوائد أبي القاسم الفضل بن جعفر التميمي المعروف بأخي عاصم حدثنا الحسين بن محمد ثنا محمد بن مصفى ثنا الوليد بن مسلم ثنا الأوزاعي عن عطاء عن ابن عباس بهذا ولكن رواه ابن ماجة عن محمد بن مصفى بلفظ (إن الله وضع). راجع: ابن حجر: تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير/تحقيق: حسن بن عباس بن قطبب/مؤسسة قرطبة/جدة/ط أولى /1416هـ 1995م /ج1 ص509 ، 510 ، 511 ، 512.

[149] الألباني: محمد ناصر الدين: صحيح الجامع الصغير وزيادته (الفتح الكبير) - المكتب الإسلاميبيوت - ط3 - 1408هـ /1988م - ج1 - ص659 الحديث رقم 3515.

[150] السرخسي: المبسوط - دار الفكر - بيروت ط1 - 1321هـ / 2000م - مج12 - ص4079.

وبعد هذه أن تناولنا تعريف الإكراه وحده ومستند مشروعيته نشرع في تفصيل الاتجاهات الفقهية المذكورة آنفاً على النحو التالي:

الاتجاه الأول: صدور الإكراهن عن إرادة حرة:

يشترط أن يكون الإقرار صادراً عن إرادة حرة، ولذا يجب استبعاد وسائل التأثير المختلفة لحمل المتهم على إقراره كالإكراه بالضرب أو أخذ المال: قال شريح: "القيد كره، والوعيد كره، والضرب كره، والسجن كره"[151]

ويقول الماوردي: "وإن ضرب ليقر لم يكن لإقراره تحت الضرب حكم"[152]

قال الطرابلسي: "وأما لو أكرهته على الإقرار بحد أو قصاص فلا يجوز"[153]

"وفي الولوالجي: إذا كان الرجل من الأشراف أو من الأجلاء أو من كبراء العلماء أو الرؤساء بحيث يستنكف عن ضرب سوط أو حبس ساعة لم يجز إقراره، لأن مثل هذا الرجل يؤثر ألف درهم على ما يلحق من الهوان بهذا القدر من الحبس والقيد فكان مكرهاً، وكذا الإقرار حجة لترجح جانب الصدق فيه على جانب الكذب، وعند الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة"[154]

---

[151] السرخسي: المبسوط - مج12 - ص4074.

[152] الماوردي: الأحكام السلطانية والولايات الدينية - تحقيق عماد زكي البارودي - المكتبة التوفيقة - القاهرة - 375.

[153] الطرابلسي: علاء الدين أبو الحسن علي بن خليل الحنفي: معين الحكام - ص17.

[154] ابن الشحنة الحنفي: أبو الوليد إبراهيم بن أبي اليمن محمد بن أبي الفضل: لسان الحكام في معرفة الأحكام - مطبعة مصطفى البابي الحلبي/ط2- 1393هـ /1973م/مطبوع في مجلد واحد مع كتاب معين الحكام للطرابلسي - ص311 ، ص313.

وفي البدائع: "الإكراه يمنع صحة الإقرار، سواء كان المقر به مما يحتمل الفسخ أو لا يحتمل، وسواء كان مما يسقط بالشبهات كالحدود والقصاص أو لا"[155]

ويرى الكاساني أن إخلاء سبيل المتهم الذي أكره على الإقرار(الأول) ثم قبض عليه مرة أخرى لا يصح إقراره الثاني طالما كان تحت بصر من أكرهه أولاً إذ يقول: "ولو أكرهه على الإقرار بذلك (كالحدود والقصاص) - ثم خلى سبيله فهذا على وجهين: إما أن يتوارى عن بصر المكره حينما خلى سبيله، وإما أن لا يتوارى عن بصره حتى بعث من أخذه ورده إليه. فإن كان توارى عن بصره ثم أخذه فأقر إقراراً مستأنفاً جاز إقراره لأنه لما خلى سبيله حتى توارى عن بصره فقد زال الإكراه عنه، فإذا أقرّ به من غير إكراه جديد فقد أقرّ طائعاً فصح إقراره لأنه لما خلى سبيله حتى توارى عن بصره بعد حتى رده إليه فأقرّ به من غير إكراه جديد فقد أقرّ طائعاً فصح وإن كان لم يتوار عن بصره بعد حتى رده إليه فأقرّ به من غير تجديد الإكراه لم يصح لأنه لما لم يتوار عن بصره فهو على الإكراه الأول"[156]

"ولو أكرهه على الإقرار بالقصاص فأقر به فقتله حيثما أقر به من غير بينة، فإن كان المقر معروفاً بالدعار يدرأ عنه القصاص استحسانا، وإن لم يكن معروفاً بها يجب القصاص"[157]

---

[155] ابن الشحنة: لسان الحكام ص312.

[156] السابق ص312.

[157] السابق - ص312.

يقول السرخسي: "ولو أن قاضياً أكره رجلاً بتهديد ضرب أو حبس أو قيد حتى يقر على نفسه بحد أو قصاص كان الإقرار باطلاً، لأن الإقرار متمثل بين الصدق والكذب، وإنما يكون حجة إذا ترجح جانب الصدق على جانب الكذب، والتهديد بالضرب والحبس يمنع رجحان جانب الصدق على ما قال عمر رضي الله عنه: ليس الرجل على نفسه بأمير إذا ضربت أو أوثقت، ولم ينقل عن أحد من المتقدمين من أصحابنا (أي الأحناف) رحمهم الله صحة الإقرار مع التهديد بالضرب والحبس في حق السارق وغيره"[158]

رأي لجنة الفتوى بالأزهر:

وعرضت لجنة الفتوى بالأزهر قضية ضرب المتهم فذكرت آراء الفقهاء وإن كنا نميل إلى أن الفتوى مالت إلى عدم ضرب المتهم ليقر:

"**سئل** : هل يجوز ضرب المتهم ليقر بما ارتكبه من مخالفة، وهل يُعْتَد بهذا الإقرار؟

أجاب : جاء في "الأحكام السلطانية" للماوردي ص. 22 أنه يجوز للأمير مع قوة التهمة أن يضرب المتهم ضرب التعزير لا ضرب الحد، ليأخذه بالصدق عن حاله فيما قرف به واتهم ، فإن أقر وهو مضروب اعتبرت حاله فيما ضرب عليه ، فإن ضرب ليقر لم يكن لإقراره تحت الضرب حكم ، وإن ضرب ليصدق عن حاله وأقر تحت الضرب قطع ضربه واستعيد إقراره ، فإذا أعاده كان مأخوذا بالإقرار الثانى دون الأول. فإن اقتصر على الإقرار الأول ولم

---

[158] السرخسي: المبسوط - ج12 - ص4090.

يستعده لم يضيق عليه أن يعمل بـالإقرار الأول وإن كرهنـاه. والـرأي المختار عند الأحناف والإمام الغزالى من الشافعية أن المتهم بالسرقة لا يُضرب، لاحتمال كونه بريئًا ، فترك الضرب فى مذنب أهون من ضرب برئ وفى الحديث (لأن يخطئ الإمام في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة) وأجاز أصحاب الإمام مالك ضرب المتهم بالسرقة ، وذلك لإظهار المسروق من جهة، وجعل السارق عبرة لغيره من جهة أخرى"[159]\

الاتجاه الثاني: قبول الإكراه ولو كان نتيجة ضرب المتهم:

يرى قبول الإقرار ولو كان نتيجة إكراه بالضرب أو بالسجن أو ما أشبه ذلك شريطة أن توجد جثة القتيل: وممن قال بضرب المتهم الإمامية وبعض المالكية والظاهرية وبعض الحنابلة وفي مقدمتهم ابن القيم شريطة أن يخرج المتهم جثة القتيل وحجتهم في ذلك الأدلة التالية:

أدلة القائلين بجواز ضرب المتهم:

روى ابن إسحاق بسنده عن عبد الله بن عمر: "وأتي رسول الله صلى الله عليه وسلم بكنانة بن الربيع، وكان عنده كنز بني النضير، فسأله عنه، فجحد أن يكون يعرف مكانه، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجل من يهود، فقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم: إني رأيت كنانة يطيف بهذه الخربة كل غداة،؛ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لكنانة: أرأيت إن وجدناه عندك، أأقتلك؟ قال: نعم؛ فأمر

[159] الأزهر: فتاوى دار الإفتاء المصرية منذ عام 1312هـ بجانب لجنة الفتوى بالأزهر- المجلس الأعلى للشئون الإسلامية/القاهرة/الفتوى رقم (125) عام 1997م أجاب على الفتوى الشيخ عطية.

رسـول الله صـلى الله عليـه وسـلم بالخربـة فحفـرت، فـأخرج منهـا كنزهم، ثم سأله عما بقي، فـأبى أن يؤديـه، فـأمر بـه رسول الله صلى الله عليه وسلم الزبير بن العوام، فقال: عذبه حتى تستأصل ما عنده، فكان الزبير يقدح بزند في صدره، حتى أشرف على نفسه، ثم دفعه رسول الله إلـى محمد بـن مسلمة، فضـرب عنقـه بأخيـه محمـود بـن مسلمة"[160]

وفي سنن البيهقي: ساق بسنده عن ابن إسحاق عن عبد الله بن عمر: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاتل أهل خيبر حتى ألجأهم إلـى قصرهم فغلب على الأرض والزرع والنخل فصالحوه على أن يجلوا منهـا ولهـم مـا حملـت ركـابهم ولرسـول الله صـلى الله عليـه وسـلم الصفراء والبيضاء ويخرجون منها واشترط عليهم أن لا يكتموا ولا يغيبوا فإن فعلوا فلا ذمة لهم ولا عهد فغيبوا مسكاً فيه مال وحلي لحيي بن أخطب كان احتمله معه إلى خيبر حين أجليت النضير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعم حيي ما فعل مَسْك حيي الذي جاء به من النضير. فقال: أذهبته النفقات والحروب. فقال: العهد قريب والمال أكثر من ذلك فدفعه رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الزبير فمسه بعذاب. وقد كان حيي قبل ذلك قد دخل خربة فقال رأيت حيياً بن أخطب يطوف في خربة هاهنا فذهبوا فطافوا فوجدوا المسك في الخربة فقتل رسول الله صلى الله عليه وسلم ابني حقيق"[161]

---

[160] ابن هشام: السيرة النبوية ـ تحقيق مصطفى السقا وإبراهيم الأبياري وعبد الحفيظ شلبي ـ دار إحياء التراث العربي/بيروت/ط أولى 1315هـ /1995م ـ ج3 ـ ص366.

[161] البيهقي: سنن البيهقي ـ كتاب السير ـ حديث رقم 18851.

قال ابن القيم: "وأما ضرب المتهم إذا عرف أن المال عنده ـ وقد كتمه وأنكره ـفيضرب ليقر به، فهذا لا ريب فيه، فإنه ضرب ليؤدي الواجب الذي يقدر على وفاته، كما في حديث ابن عمر: "أن النبي صلى الله عليه وسلم لما صالح أهل خيبر على الصفراء والبيضاء، سأل زيد بن سعية عم حيي بن أخطب. فقال: أين كنز حي؟ فقال: يا محمد أذهبته النفقات. فقال للزبير: دونك هذا. فمسه الزبير بشئ من العذاب، فدلهم عليه في خربة، وكان حلياً في مسك ثور"[162] ثم علق ابن القيم على الحديث بقوله:"فهذا أصل في ضرب المتهم"[163]

أقول: لكن هذا الفريق اشترط أن يكون المتهم من أرباب السوابق: "أن يكون المتهم معروفاً بالفجور، كالسرقة وقطع الطريق والقتل ونحو ذلك"[164]

أما في سنن أبي داود: فقد ساق بسنده عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قاتل أهل خيبر فغلب على النخل والأرض، وألجأهم إلى قصرهم، فصالحوه على أن لرسول الله صلى الله عليه وسلم الصفراء والبيضاء والحلقة، ولهم ما حملت ركابهم، على أن لا يكتموا ولا يغيبوا شيئاً، فإن فعلوا ذمة لهم ولا عهد، فغيبوا مسكاً لحيي بن أخطب، وقد كان قتل قبل خيبر، كان احتمله معه يوم بني النضير حين أجلت النضير، فيه حليهم، قال: فقال النبي صلى الله

---

[162] ابن القيم: الطرق الحكمية ـ دار الكتب العلمية بيروت ـ ص83.
[163] ابن القيم: السابق ـ ص83.
[164] ابن القيم: السابق ـ ص79.

عليه وسلم لسعية: أين مسك حيي بن أخطب؟ قال: أذهبته الحروب والنفقات، فوجدوا المسك، فقتل ابن أبي الحقيق"[165]

حسنه الألباني في تخريجه لسنن أبي داود.[166]

الثاني: الاستدلال بفتوى لأحد فقهاء الأحناف (الحسن بن زياد)[167] بأنه أفتى بجواز ضرب المتهم"أنه يحل ضرب السارق حتى يقر وقال: ما لم يقطع اللحم أو يظهر العظم"[168]

مناقشة أدلة القائلين بضرب المتهم:

أما بالنسبة لحديث ابن عمر في قصة أرض خيبر وكنز حيي بن أخطب ملاحظاتنا عليه تتلخص في الآتي:

(1): نلاحظ أن مدار الحديث على محمد بن إسحاق المتوفى في 151هـ[169] الذي انفرد بفقرة: بتعذيب الزبير لـ (سعية) عم حيي ليدله

---

[165] أبو داود: سنن أبي داود - الدار المصري اللبنانية - القاهرة - 1408هـ /1988م - ج3 - ص156 ، ص157.

[166] الألباني: صحيح أبي داود - ص2597.

[167] ذكره اللكنوي في تراجم الحنفية بقوله: " الحسن بن زياد الؤلؤي الكوفي صاحب أبي حنيفة كان يقظاً فطناً فقيهاً نبيهاً وعن يحيى بن آدم ما رأيت أفقه من الحسن بن زياد ولي القضاء بالكوفة بعد حفص بن غياث سنة أربع وتسعين ومائة، وعن الطحاوي أن الحسن بن زياد والحسن بن أبي مالك ماتا في سنة أربع ومائتين" اللكنوي الهندي: أبو الحسنات محمد بن عبد الحي: الفوائد البهية في تراجم الحنفية/ تحقيق محمد بدر الدين أبو فراس /دار الكتاب الإسلامي/بيروت/ص60 ، ص61.

[168] ابن الشحنة: لسان الحكام - ص312.

[169] هو محمد بن إسحاق بن يسار العلامة الحافظ الإخباري أبو بكر، وقيل: أبو عبد الله القرشي المطلبي (..) صاحب السيرة النبوية. نشأ ابن إسحاق في المدينة المنورة، وجالس العلماء وحفظ الحديث. وتتلمذ على يد القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق، وأبان بن عثمان، ونافع مولى ابن عمر، وابن شهاب الزهري، وقيل رأى أنس بن مالك وسعيد بن المسيب، ونظراً لرحلاته وتنقلاته الكثيرة بين أمصار العالم الإسلامي تفرد بأحاديث عن شيوخ تلك الأمصار. يقول عنه شمس الدين الذهبي: "فله ارتفاع بحسبه، ولاسيما في السير، أما في أحاديث الأحكام فينحطُّ حيثه فيها عن رتبة الصحة

على الكنز المخبأ في وعاء من الجلد ثم ذكره البيهقي في كتاب السير في سننه. لكن قصة تعذيب الزبير لعم حيي لم ترد في رواية أبي داود. مما يجعلنا لا نطمئن إلى رواية ابن إسحاق وخاصة أنها لم ترد في كتب الصحاح أو السنن إلا سنن البيهقي وخاصة تلك الزيادة التي ذكرها ابن إسحاق عن تعذيب الزبير لعم حيي بن أخطب.

(2) على افتراض صحة الحديث بزيادته الواردة عن تعذيب ابن الزبير لعم حيي بن أخطب فإن هذا ليس مسوغاً لتعميمه على كل الحالات إذ أن الأمر بضرب المتهم في حالة حرب وبعد نقض العهد، وكان بأمر ولي الأمر وهو رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولم يكن بتصرف فردي للزبير بن العوام كما يحدث الآن من انتهاكات رجال الشرطة وممارساتهم التعذيب بصفة دورية قبل أن يعرض المتهم على القاضي المختص. فالحالات التي ذكرها ابن القيم ومن يرى رأيه في ضرب المتهم أن يكون ذلك في حضرة القاضي وبأمره بعد

إلى رتبة الحسن، إلا فيما يعد منكراً. هذا الذي عندي في حاله والله أعلم" الذهبي: سير أعلام النبلاء ج7/ص40 و41. وقال عنه العراقي: "المشهور قبول حديث ابن اسحاق إلا أنه مدلس فإذا صرح بالتحديث كان حديثه مقبولا" العراقي: طرح التثريب شرح التفريب /ج8 ص72. قال يعقوب بن شيبة: سمعت ابن نمير وذكر ابن إسحاق فقال: "إذا حدث عمن سمعه منه من المعروفين فهو حسن الحديث صدوق.. وإنما أتى من أنه يحدث عن المجهولين أحاديث باطلة" (البغدادي: تاريخ بغداد: ج1 / 277)

وقال عبد الله بن أحمد بن حنبل قيل لأبي يحتج به يعني ابن إسحاق قال: لم يكن يحتج به في السنن. وقيل لأحمد: إذا انفرد ابن اسحاق بحديث تقبله؟ قال: لا والله إني رأيته يحدث عن جماعة بالحديث الواحد ولا يفصل كلام ذا من كلام ذا" الذهبي: سير أعلام النبلاء ج7 /46. وقال أحمد (وأما ابن إسحاق فيكتب عنه هذه الأحاديث يعني المغازي ونحوها فإذا جاء الحلال والحرام أردنا قوماً هكذا. قال أحمد (ابن حنبل) بيده وضم يديه وأقام الإبهامين" ابن معين: تاريخ ابن معين: ج2 /504 ، 505.وقال الذهبي: "وابن إسحاق حجة في المغازي إذا أسند وله مناكير وعجائب" الذهبي: العلو ص39.

وجود دلائل كافية يقتنع بها القاضي أن المتهم من أرباب السوابق في اقتراف مثل هذه الجرائم كالقتل العمد، أو ما يطلق عليه في بعض البلاد بالقاتل المأجور أو القاتل المرتزق.

(3) أما **الاستدلال بفتوى الحسن بن زياد صاحب أبي حنيفة** فقد أكد السرخسي أنه قد ندم على فتواه بقوله: "روي عن الحسن بن زياد رضي الله عنه أن بعض الأمراء بعث إليه وسأله عن ضرب السارق ليقر فقال: ما لم يقطع اللحم أو يبين العظم، ثم ندم على مقالته وجاء بنفسه إلى مجلس الأمير ليمنعه من ذلك فوجده قد ضربه حتى اعترف وجاء بالمال، فلما رأى المال موضوعاً بين يدي الأمير قال: ما رأيت ظلماً أشبه بالحق من هذا"[170] ويعلق السرخسي وهو من أئمة الحنفية على هذه الحالة بقوله: "فإن خلى سبيله بعد ما أقر مكرهاً، ثم أخذ بعد ذلك فجئ به فأقر بما كان عليه بغير إكراه مستقل أخذ بذلك كله، لأن إقراره الأول كان باطلاً، ولما خلى سبيله فقد انتهى حكم ذلك الأخذ والتهديد، فصار كأن لم يوجد أصلاً حتى أخذ الآن فأقر بغير إكراه وإن كان لم يخل سبيله، ولكنه قال له وهو في يده بعد ما أقر: إني لا أؤاخذك بإقرارك الذي أقررت به ولا أضربك ولا أحبسك ولا أعرض لك، فإن شئت فأقر، وإن شئت فلا تقر، وهو في يد القاضي على حاله، لم يجز هذا الإقرار لأن كينونته في يده حبس منه له، وإنما كان هدده بالحبس فما دام حابساً له كان أثر ذلك الإكراه باقياً"[171]

---

[170] السرخسي: المبسوط /مج12 ج24 ص62.

[171] السرخسي: المبسوط ـ مج12 ج24 ص62، ص63.

(4): القاضي سحنون أمر بضرب القاضي ابن أبي الجواد بتهمة خيانة الأمانة:

ذكر بعض علماء المالكية مسألة ضرب المتهم حتى لو كان قاضياً واستشهدوا على ذلك بقضية القاضي سحنون وهو من كبار علماء المالكية مع القاضي ابن أبي الجواد حيث ذكر صاحب المعيار المعرب: "يسجن القاضي ويضرب إذا عرف بالشر والسرقة: وعن أصبغ فيمن كان معروفاً بالشر والسرقة يسجن أبداً وهو الصواب. وكان سحنون يضرب ابن أبي الجواد القاضي ويعيده في السجن، وكان عنده أموال اليتامى"[172]

وأصل القصة كما ذكرها الونشريسي عن ابن أبي الجواد: "أنه كان قاضياً بالقيروان ثم عزل ورجع سحنون في موضعه ونظر في ديوان الودائع فوجد فيه مالاً لورثة رجل يقال له ابن (القلفاط) فأحضر وكشف عن ذلك فأنكر وجحد الخط، فشهد عليه في وجهه سليمان بن عمران وابن قادم الفقيهان بأنه خطه وكانا يكتبان له، فتمادى على الإنكار فتلوم له سحنون وأعذر إليه، وأرسل من يشير عليه بإنصاف القوم فلجّ في الإنكار وتمادى عليه، فحبسه أياماً فلم يرجع إلى الحق، فأخرجه وضربه عشرة وردّ إلى السجن، فأتت زوجته بنت أسد بن الفرات والتزمت الدفع عنه، فقال لها سحنون إن قال زوجك: هذا مال الميت أو بدله قبضته فأطلقته لك فأحضر فامتنع

[172] الونشريسي (أبو العباس أحمد بن يحيى): المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب - خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف د. محمد حجي - نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للملكة المغربية - 1301هـ /1981م - ج10 - ص121.

من قول ذلك وكان سحنون يخرجه في كل يوم جمعة وإذا امتنع من الأداء ضربه عشرة أسواط حتى ضربه مراراً كثيرة ثم مرض ومات في السجن من مرضه ذلك. وقضيته مشهورة كما حكاها ابن الرقيق بزيادات. وعن أبي عمران إنما ضربه سحنون لأنه اتهمه كما يضرب السارق حتى يخرج أعيان تلك السلع، وروي أن سحنون كان يقول بعد موته: مالي ولابن الجواد: كأنه تحرج من موته خوفاً"[173]

تعليقنا على القضية المذكورة:

أولاً: من حيث مصدر قصة ضرب سحنون لابن أبي الجواد: لقد شكك بعض العلماء في هذه الرواية حيث ذكر الونشريسي نفسه:"وأجاب بعضهم وأظنه الشيخ ابن عبد السلام، بأن هذا إنما هو من حكاية ابن الرقيق المؤرخ، وهو ليس بثقة لأنه كان شارب خمر متخلفاً فلا يقبل خبره. والحكاية وإن ذكرها بعض مؤرخي الأندلس فلعله نقلها من ابن الرقيق"[174]

ثانياً: على افتراض صحة هذه الرواية عن سحنون فإنها توافق مذهب من يجيز ضرب المتهمين أرباب السوابق، وكانوا معروفين بالشر أو من المسجلين خطر حسب المصطلح الحديث. وقد يكون القاضي ابن أبي الجواد مشهوراً بالفساد أو أكل أموال اليتامى أو الرشوة لذا أمر سحنون بضربه. بالإضافة إلى أن الذي يقوم أو يأمر

[173] الونشريسي: المعيار المعرب - ج10 - ص122.
[174] الونشريسي: المعيار المعرب - ج10 - ص123.

بالضرب هو القاضي وليس ضابط الشرطة أو أي جهة أخرى سرية أو علنية.

ثالثا: على افتراض صحة هذه الرواية أيضاً فإنها ليست مبرراً شرعياً لاستعمال كل هذه القسوة حيث تصور لنا الرواية أن القاضي سحنون كان شخصاً متعنتاً قاسي القلب لدرجة أنه لم يقبل المال الذي عرضته زوجة ابن أبي الجواد لتخليص زوجها إلا بأن يقر بأن هذا مال الميت الذي كان في أمانته أو بدلاً منه!! فرواية القصة بهذه الطريقة توحي أن هناك أسباباً شخصية أو سياسية وراء هذا التعنت من قبل القاضي سحنون قبل القاضي الحبيس ابن أبي الجواد!!

رابعاً: أشار الونشريسي إلى ندم ابن أبي الجواد وأنه كان يقول بعد موته : مالي ولابن الجواد. ويقول الآبي في تعليقه على هذه القضية: "كان سحنون أيام قضائه سجن ابن أبي الجواد في دين ترتب عليه وضربه بالسياط مدة بعد مدة واتفق أن مات ابن أبي الجواد من ضربه فكان سحنون إذا نام رأى في منامه ابن أبي الجواد بما يسوؤه، فإذا استيقظ يقول ما لي ولا أبي الجواد. فظاهر هذا أن سحنون ناله بسبب تعذيبه مع أنه إنما عذبه بحق، ولذا كان يقول له: (الحق قتله).

ونحن بدورنا لا نقبل هذا التبرير على افتراض صحة الرواية فالثابت أن سحنون عذب ابن أبي الجواد وأذله وتعنت معه فلذا فإنه يتحمل وزر ذلك.

خامساً: ما فعله القاضي سحنون يخالف ما جاء في المدونة: (من أقر بعد التهديد أقيل. قال ابن القاسم فالوعيد والقيد والتهديد والسجن والضرب تهديد عندي كله وأرى أن يقال، ثم لا يقام الحد على من

ضرب وهدد فأخرج القتيل أو أخرج المتاع الذي سرق إلا أنه يقر بذلك آمناً لا يخاف شيئاً) معنى ذلك أنه على افتراض صحة ضرب سحنون لابن أبي الجواد فإنه لو أقر بعد التهديد والسجن والضرب لكان إقراره باطلاً حتى لو أخرج المال الذي اتهمه فيه القاضي سحنون.

بناء على الأسباب التي ذكرناها سابقاً لا نرى صحة رواية ضرب القاضي سحنون وتعذيبه للقاضي ابن أبي الجواد.

وممن قال بجواز ضرب المتهم من فقهاء القانون المعاصرين يوسف علي محمود:"والذي نراه أنه يجوز ضرب المتهم إذا كان معروفاً بالفساد، فإذا أقر، فإنه يراجع حتى يقر ثانياً دون ضرب، فإذا أقر، فإنه يؤخذ بالحق الذي أقر به"[175]

الرأي المختار:

في مقام الموازنة بين الآراء السابقة نميل إلى تأييد الرأي القائل بعدم ضرب المتهم وإن كان معروفاً بالفساد أو ما يطلق عليه أمنيا المسجل الخطر.. للأسباب التالية:

أولاً: لثبوت حديث: كُرَيْبٍ "حَدَّثَنَا أَبُو أُسَامَةَ عَنْ هِشَامٍ عَنْ أَبِيهِ قَالَ مَرَّ هِشَامُ بْنُ حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ عَلَى أُنَاسٍ مِنَ الأَنْبَاطِ بِالشَّامِ قَدْ أُقِيمُوا فِى الشَّمْسِ فَقَالَ مَا شَأْنُهُمْ قَالُوا حُبِسُوا فِى الْجِزْيَةِ. فَقَالَ هِشَامٌ أَشْهَدُ

---

[175] يوسف علي محمود (الدكتور): الأركان المادية والشرعية لجريمة القتل العمد وأجزيتها المقررة في الفقه الإسلامي - دار الفكر والنشر - عمان - ج11 - ص388.

لَسَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- يَقُولُ « إِنَّ اللَّهَ يُعَذِّبُ الَّذِينَ يُعَذِّبُونَ النَّاسَ فِى الدُّنْيَا"[176]

فهذا الحديث صريح في نهي وزجر الرسول صلى الله عليه وسلم عن تعذيب الناس سواء كانوا برءاء أو متهمين فكلمة (الناس) عامة تشمل كل الناس بدليل أن الصحابي هشام بن حكيم استنكر أن يعاقب الوالي هؤلاء الفلاحين من أهل الكتاب في الشمس لإجبارهم على دفع الجزية.. ولم يسأل هشام بن حكيم هل هم من أرباب السوابق أو من المماطلين في دفع الجزية؟! فبمجرد أن رآهم سأل عن شأنهم واستنكر أن يحبسوا هكذا في الشمس واعتبر أن ذلك تنوعاً من التعذيب غير الجائز شرعا فقال على الفور بصيغة الجزم أشهد أني لسمعت رسول الله يقول إن الله يعذب الذين يعذبون الناس في الدنيا.

ثانياً: الاستشهاد بحديث عبد الله بن عمر الذي ذكر فيه قصة أمر الرسول للزبير بتعذيب عم حيي بن أخطب تبين لنا أن مصدر

---

[176] صحيح مسلم الحديث رقم: 6824. وفي رواية أخرى في صحيح مسلم: " حَدَّثَنِى أَبُو الطَّاهِرِ أَخْبَرَنَا ابْنُ وَهْبٍ أَخْبَرَنِى يُونُسُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ أَنَّ هِشَامَ بْنَ حَكِيمٍ وَجَدَ رَجُلاً وَهُوَ عَلَى حِمْصَ يُشَمِّسُ نَاسًا مِنَ النَّبَطِ فِى أَدَاءِ الْجِزْيَةِ فَقَالَ مَا هَذَا إِنِّى سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- يَقُولُ « إِنَّ اللَّهَ يُعَذِّبُ الَّذِينَ يُعَذِّبُونَ النَّاسَ فِى الدُّنْيَا " الحديث رقم 6826. وفي سنن أبي داود: " عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ أَنَّ هِشَامَ بْنَ حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ وَجَدَ رَجُلاً وَهُوَ عَلَى حِمْصَ يُشَمِّسُ نَاسًا مِنَ النَّبَطِ فِى أَدَاءِ الْجِزْيَةِ فَقَالَ مَا هَذَا سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- يَقُولُ « إِنَّ اللَّهَ يُعَذِّبُ الَّذِينَ يُعَذِّبُونَ النَّاسَ فِى الدُّنْيَا". الحديث رقم 3047. وفي سنن البيهقي: "أَخْبَرَنَا مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ أَخْبَرَنَا ابْنُ وَهْبٍ أَخْبَرَنِى يُونُسُ بْنُ يَزِيدَ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عُرْوَةَ : أَنَّ هِشَامَ بْنَ حَكِيمٍ رَضِىَ اللَّهُ عَنْهُ وَجَدَ رَجُلاً وَهُوَ عَلَى حِمْصَ يُشَمِّسُ نَاسًا مِنَ الْقِبْطِ فِى أَدَاءِ الْجِزْيَةِ فَقَالَ مَا هَذَا إِنِّى سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- يَقُولُ :« إِنَّ اللَّهَ يُعَذِّبُ الَّذِينَ يُعَذِّبُونَ النَّاسَ فِى الدُّنْيَا " الحديث رقم 19205 من سنن اليهقي.

الرواية محمد بن إسحاق ولم يذكر هذه الرواية إلا البيهقي في سننه، مما يستبين لنا أن هذه الرواية لا تستقيم لصريح نهي الرسول عن تعذيب الناس حتى ولو في تهمة ولم يثبت أنه عذب أو ضرب أحداً ليقر أمامه في تهمة. وعلى افتراض صحة رواية عبد الله بن عمر التي تفرد بها البيهقي عن ابن إسحاق فإن هذا الأمر قيل في زمن حرب وهو استثناء لا يجوز أن يتخذ قاعدة في ضرب أي متهم وإن كان من أرباب السوابق.

ثالثا: أما الاستدلال بفتوى الحسن بن زياد فقد ذكرنا أن السرخسي قال إن الحسن بن زياد قد ندم ومن ثم فلا حجة لمن يتمسك بهذه الفتوى في جواز ضرب المتهم إذا كان معروفاً بالفساد.

ومن ثم فإننا نميل إلى عدم ضرب المتهم حتى وإن كان من أرباب السوابق فرغم أن هناك صنفاً من المتهمين من ذوي السوابق والمسجلين خطر على الأمن إلا أنهم المشجب الأسهل لدى أجهزة الأمن لتعليق أي تهمة ونسبتها إليهم.وكما يقول بيكاريا:"أما التعذيب فيجب عدم الالتجاء إليه إطلاقاً، فالمذنب الذي تعود على الألم قد يحتمله في تجلد وتفترض براءته، في حين يكره الألم بريئاً مرهف الأعصاب على الاعتراف بأي شئ فيحكم بأنه مذنب"[177] كما أن التعويل على إقرار المتهم المكره قد يسول لبعض ضعاف النفوس من رجال الشرطة والمخابرات أن يلجأوا إلى وسائل لتعذيب المتهم حتى يقر بالمعلومات التي يريدها ضابط الأمن. لذلك فإن إعمال مبدأ

---

[177] ول ديورانت: قصة الحضارة/ترجمة فؤاد أندراوس مراجعة على أدهم/دار الجيل/بيروت/مج39-40/ج40ص178.

سد الذرائع ضروري في إبطال أي إقرار يصدر عن المتهم نتيجة الإكراه لأن الغاية لا تبرر الوسيلة ولا يبنى صحيح على باطل.

- **خداع المتهم:**

قلنا - حسب الرأي الذي رجحناه - إنه لا يجوز ضرب المتهم أو تعذيبه حتى يقر، وإن إقراره لا يعتد به ولا يعول عليه. لكن هل ينطبق هذا الحكم على الاحتيال على المتهم وخداعه ليقر بما هو منسوب إليه؟

هناك رأيان في الفقه الجنائي الإسلامي:

الرأي الأول: يجيز التحايل على المتهم:

يرى جواز التحايل على المتهم ليقر بالحق ويعترف به دون ضرب أو تعذيب له بأي نوع من أنواع التعذيب، وإلى هذا ذهب ابن حزم الظاهري واستدل على ذلك:

(1): "بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم خلف اليهودي الذي ادعت الجارية التي رض رأسها - فسيق إليه فلم يزل به - عليه السلام - حتى اعترف فأقاد منه"[178]

[178] ابن حزم: المحلى - ج12 - ص40. يشير ابن حزم إلى حديث الجارية رقم 2413 الذي رواه البخاري في صحيحه: " عَنْ قَتَادَةَ عَنْ أَنَسٍ - رضى الله عنه - أَنَّ يَهُودِيًّا رَضَّ رَأْسَ جَارِيَةٍ بَيْنَ حَجَرَيْنِ ، قِيلَ مَنْ فَعَلَ هَذَا بِكِ أَفُلاَنٌ ، أَفُلاَنٌ حَتَّى سُمِّىَ الْيَهُودِىُّ فَأَوْمَتْ بِرَأْسِهَا ، فَأُخِذَ الْيَهُودِىُّ فَاعْتَرَفَ ، فَأَمَرَ بِهِ النَّبِىُّ - صلى الله عليه وسلم - فَرُضَّ رَأْسُهُ بَيْنَ حَجَرَيْنِ".. ونفس الحديث مذكور أيضاً في صحيح البخاري

(2): وفي حسن الحيلة" فعل علي بن أبي طالب إذ فرق بين المدعى عليهم بالقتل وأسر إلى أحدهم، ثم رفع صوته بالتكبير فوهم الآخر أنه قد أقر، ثم دعى الآخر فسأله فأقر، حتى أقروا كلهم: فهذا حسن، لأنه لا إكراه فيه، ولا ضرب"[179]

الرأي الثاني: (لا يجيز التحايل على المتهم):

لا يجيز التحايل على المتهم أو غشه أو خداعه ليقر يقول السرخسي في قول القاضي للمتهم: "لا أحبسك.. نوع غرور وخداع منه"[180]

برقم 2746 : " عَنْ قَتَادَةَ عَنْ أَنَسٍ - رضى الله عنه - أَنَّ يَهُودِيًّا رَضَّ رَأْسَ جَارِيَةٍ بَيْنَ حَجَرَيْنِ ، فَقِيلَ لَهَا مَنْ فَعَلَ بِكِ ، أَفُلاَنٌ أَوْ فُلاَنٌ حَتَّى سُمِّىَ الْيَهُودِىُّ ، فَأَوْمَأَتْ بِرَأْسِهَا ، فَجِىءَ بِهِ ، فَلَمْ يَزَلْ حَتَّى اعْتَرَفَ ، فَأَمَرَ النَّبِىُّ - صلى الله عليه وسلم - فَرُضَّ رَأْسُهُ بِالْحِجَارَةِ" ونفس الحديث أيضاً برقم 6876 في صحيح البخاري: " عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ - رضى الله عنه - أَنَّ يَهُودِيًّا رَضَّ رَأْسَ جَارِيَةٍ بَيْنَ حَجَرَيْنِ ، فَقِيلَ لَهَا مَنْ فَعَلَ بِكِ هَذَا أَفُلاَنٌ أَوْ فُلاَنٌ حَتَّى سُمِّىَ الْيَهُودِىُّ ، فَأُتِىَ بِهِ النَّبِىُّ - صلى الله عليه وسلم - فَلَمْ يَزَلْ بِهِ حَتَّى أَقَرَّ بِهِ ، فَرُضَّ رَأْسُهُ بِالْحِجَارَةِ".

[179] ابن حزم: المحلى - ج12 - ص40 ، 41. يشير ابن حزم إلى ما ذكر عن علي بن أبي طالب في الجعفريات: "عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده أن علياً (عليهم السلام) رفع إليه قوم خرجوا جماعة، فرجعوا كلهم غير واحد منهم، قال: ففرق علي (عليه السلام) بينهم/ ثم سأل أحدهم: ما صنعتم بالرجل؟ فجحد، وقال: لا علم لي، فقال علي (عليه السلام): الله أكبر، ورفع صوته حتى أسمع الباقين، وظنوا أن صاحبهم قد أقر، ثم عزله ودعا بآخر، فقال له: اصدقني الخبر، فقال: قتلناه وأخذنا ماله، قال: فقال علي (عليه السلام): الله أكبر، ثم دعا بآخر فآخر، فقتلهم كلهم إلا المنكر" الطبرسي: ميرزا حسين النوري: مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل - مؤسسة آل البيت لإحياء التراث - ج17 - ص385.

[180] السرخسي: المبسوط - ج12 ص4091.

وجاء في الزرقاني من المالكية: "وكره مالك أن يقول السلطان للمتهم أخبرني ولك الأمان لأنه خديعة"[181]

الرأي المختار:

لقد رجح أحد القانونيين المعاصرين رأي مالك بقوله: "يبدو لنا أن رأي مالك هو الأرجح إذ ليس من الصواب القول أن التجاء المحقق إلى الغش والخديعة عملاً مشروعاً، وذلك لأنه إذا كان الإكراه يبطل الإقرار لأنه يفسد أو يعدم إرادة المقر، فإن هذه العلة قائمة أيضاً في حالة الاحتيال. ولذا ينبغي إبطال الإقرار الذي يتم عن طريق هذه الوسيلة وعدم الاعتداد بها"[182]

لكننا نرى بعد المقارنة بين الرأيين السابقين صواب من قال بجواز الاحتيال على المتهم ليقر طالما لم يضرب المتهم أو يعذب أو يهدد في نفسه أو أهله أو ماله.. وذلك للأدلة التي ذكرها أصحاب الرأي الأول.. أما عن ما ذكره السرخسي عن قول القاضي للمتهم : (لا أحبسك.. نوع غرور وخداع).. وما قيل عن مالك إنه كره أن يقول السلطان للمتهم أخبرني ولك الأمان لأنه خديعة.. أجاب عنه ابن حزم بقول: "وقد كره هذا مالك، ولا وجه لكراهيته، لأنه ليس فيه عمل

---

[181] الزرقاني:عبد الباقي الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل ـ دار الفكر ـ بيروت ـ ج8 ص106.

[182] هلال عبد اللاه أحمد: النظرية العامة للإثبات الجنائي ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ ص990.

محظور، وهو فعل صاحب لا يعرف له من الصحابة مخالف ينكر ذلك"[183]

أقول: يقصد ابن حزم أن فعل علي بن أبي طالب رضي الله عنه في تفريق المدعى عليهم وخداعهم ليس عملاً محظوراً، كما أنه صحابي لا يعرف له مخالف من الصحابة ينكر عليه فعله هذا مع المتهمين فهو إجماع سكوتي. كما أن ابن حزم يرى أن خداع المتهم ليس إكراها إذ يقول: "كل ما كان ضرراً في جسم، أو مال، أو توعد به في ابنه، أو أبيه، أو أهله، أو أخيه المسلم، فهو كره، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "المسلم أخو المسلم لا يظلمه[184] ولا يسلمه"[185] إذن ابن حزم لا يرى أن خداع المتهم والتحايل عليه ليقر إكراهاً إذ أنه يرى أن كل ما كان ضرراً في جسم أو مال أو توعد في ابنه، أو أبيه، أو أهله، أو أخيه المسلم فهو إكراه أي أنه يتوسع في كلمة الأخوة فلم يقصرها على أخوة النسب بل يتعداها إلى أخوة الدين.. لذلك استشهد بالحديث النبوي المذكور.. فتحايل القاضي على المتهم ليقر ليس ظلماً ولا خذلاناً كما أنه ليس إكراهاً. وهذا ما نرجحه وخاصة أن عدم استخدام هذا الأسلوب مع المتهم قد يضيع حقوق المجني عليه وولي دمه في القصاص من الجاني.

---

[183] ابن حزم: المحلى - ج12 - ص40.

[184] هذا الحديث رواه البخاري في باب المظالم برقم 2442 " ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ سَالِمًا أَخْبَرَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ - رضى الله عنهما - أَخْبَرَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - قَالَ « الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ ، لاَ يَظْلِمُهُ وَلاَ يُسْلِمُهُ ، وَمَنْ كَانَ فِى حَاجَةِ أَخِيهِ كَانَ اللَّهُ فِى حَاجَتِهِ ، وَمَنْ فَرَّجَ عَنْ مُسْلِمٍ كُرْبَةً فَرَّجَ اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرُبَاتِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ ، وَمَنْ سَتَرَ مُسْلِمًا سَتَرَهُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ".

[185] ابن حزم: المحلى - ج12 - ص41.

وهناك رواية تعضد رأينا؛ ذكرها مسلم في صحيحه: " عَنْ أَبِى الزِّنَادِ عَنِ الأَعْرَجِ عَنْ أَبِى هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِىِّ -صلى الله عليه وسلم- قَالَ « بَيْنَمَا امْرَأَتَانِ مَعَهُمَا ابْنَاهُمَا جَاءَ الذِّئْبُ فَذَهَبَ بِابْنِ إِحْدَاهُمَا. فَقَالَتْ هَذِهِ لِصَاحِبَتِهَا إِنَّمَا ذَهَبَ بِابْنِكِ أَنْتِ. وَقَالَتِ الأُخْرَى إِنَّمَا ذَهَبَ بِابْنِكِ. فَتَحَاكَمَتَا إِلَى دَاوُدَ فَقَضَى بِهِ لِلْكُبْرَى فَخَرَجَتَا عَلَى سُلَيْمَانَ بْنِ دَاوُدَ عَلَيْهِمَا السَّلاَمُ فَأَخْبَرَتَاهُ فَقَالَ ائْتُونِى بِالسِّكِّينِ أَشُقُّهُ بَيْنَكُمَا. فَقَالَتِ الصُّغْرَى لاَ يَرْحَمُكَ اللَّهُ هُوَ ابْنُهَا. فَقَضَى بِهِ لِلصُّغْرَى "[186]

قال النووي تعليقا على هذا الحديث: "وأما سليمان فتوصل بطريق من الحيلة والملاطفة إلى معرفة باطن القضية فأوهمهما أنه يريد قطعه ليعرف من يشق عليها فتكون هي أمه، فلما أرادت الكبرى قطعه عرف أنها ليست أمه، فلما قالت الصغرى ما قالت عرف أنها أمه، ولم يكن مراده أنه يقطعه حقيقة وإنما أراد اختبار شفقتهما لتتميز له الأم فلما تميزت بما ذكرت عرفها (..) وأن سليمان فعل ذلك حيلة إلى إظهار الحق وظهور الصدق فلما أقرت به الكبرى عمل بإقرارها وإن كان بعد الحكم كما إذا اعترف المحكوم له أن الحق هنا لخصمه"[187]

هكذا يستبين لنا صواب رأي من قال بجواز خداع المتهم والتحايل عليه ليقر لأننا إذا أغلقنا باب التحايل على المتهم بزعم أن هذا نوع

---

[186] مسلم: صحيح مسلم في كتاب الأقضية رقم الحديث: 4592. ورواه البخاري بنفس اللفظ في كتاب الفرائض رقم الحديث: 6769. وفي سنن النسائي كتاب آداب القضاة رقم الحديث: 5419. وفي سنن البيهقي في كتاب الدعوى والبينات رقم الحديث: 21823.

[187] النووي: صحيح مسلم بشرح النووي ـ مكتبة العلم ـ القاهرة ـ مج11 –12 الجزء 12 ص19.

من الإكراه المبطل للإقرار فإن كثيراً من المجرمين ومحترفي الإجرام سيفلتون من العقاب لأننا نكون قد أعملنا صورة مثالية لإقرار المتهم إذ أنه لن يعترف في هذه الحالة إلا النزر القليل من المتهمين أصحاب الضمائر الحية والأنفس الطيبة التي تأتي لتقر طواعية لتكفر عن جرمها.. كما أن استبعاد استعمال هذه الحيل قبل المتهم من قبل سلطات التحقيق وعدم التعويل عليها يتسبب في إهدار دماء أبرياء مع شيوع الجريمة وخاصة في وقتنا المعاصر.

الشرط الثالث: أن يكون الإقرار مفصلاً:

لقد اشترط الفقهاء أن يكون الإقرار مفصلاً ومبيناً أين ومتى ارتكبت الجريمة، وأن يبين المقر أداة الجريمة وقد استندوا على الأدلة التالية:

(أ) ما رواه مسلم في صحيحه:

" حَدَّثَنَا عُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ مُعَاذٍ الْعَنْبَرِىُّ حَدَّثَنَا أَبِى حَدَّثَنَا أَبُو يُونُسَ عَنْ سِمَاكِ بْنِ حَرْبٍ أَنَّ عَلْقَمَةَ بْنَ وَائِلٍ حَدَّثَهُ أَنَّ أَبَاهُ حَدَّثَهُ قَالَ إِنِّى لَقَاعِدٌ مَعَ النَّبِىِّ -صلى الله عليه وسلم- إِذْ جَاءَ رَجُلٌ يَقُودُ آخَرَ بِنِسْعَةٍ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ هَذَا قَتَلَ أَخِى. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « أَقَتَلْتَهُ ». فَقَالَ إِنَّهُ لَوْ لَمْ يَعْتَرِفْ أَقَمْتُ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ. قَالَ نَعَمْ. قَتَلْتُهُ قَالَ « كَيْفَ قَتَلْتَهُ ». قَالَ كُنْتُ أَنَا وَهُوَ نَخْتَبِطُ مِنْ شَجَرَةٍ فَسَبَّنِى فَأَغْضَبَنِى فَضَرَبْتُهُ بِالْفَأْسِ عَلَى قَرْنِهِ فَقَتَلْتُهُ. فَقَالَ لَهُ النَّبِىُّ -صلى الله عليه وسلم- « هَلْ لَكَ مِنْ شَىْءٍ تُؤَدِّيهِ عَنْ نَفْسِكَ ». قَالَ مَا لِى مَالٌ إِلاَّ كِسَائِى وَفَأْسِى. قَالَ « فَتَرَى قَوْمَكَ يَشْتَرُونَكَ ». قَالَ أَنَا أَهْوَنُ عَلَى قَوْمِى مِنْ ذَاكَ. فَرَمَى إِلَيْهِ بِنِسْعَتِهِ. وَقَالَ « دُونَكَ صَاحِبَكَ ». فَانْطَلَقَ بِهِ الرَّجُلُ فَلَمَّا وَلَّى قَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « إِنْ قَتَلَهُ فَهُوَ مِثْلُهُ ». فَرَجَعَ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّهُ بَلَغَنِى أَنَّكَ قُلْتَ « إِنْ قَتَلَهُ فَهُوَ مِثْلُهُ». وَأَخَذْتُهُ بِأَمْرِكَ. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما تريد أن يبوء بإثمك وإثم صاحبك. قال: يا نبي الله لعله قال: بلى. قال: فإن ذاك كذاك. قال فرمى بنسعته وخلى سبيله"[188]

[188] مسلم: صحيح مسلم الحديث رقم 4481. وفي النسائي بنفس اللفظ تقريباً: " عَنْ سِمَاكٍ ذَكَرَ أَنَّ عَلْقَمَةَ بْنَ وَائِلٍ أَخْبَرَهُ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ قَاعِدًا عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- إِذْ جَاءَ رَجُلٌ يَقُودُ آخَرَ بِنِسْعَةٍ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ قَتَلَ هَذَا أَخِى. فَقَالَ لَهُ

الشاهد من الحديث السابق: أن الرسول صلى الله عليه وسلم استفصل من الجاني بعد أن اعترف بجريمة القتل. قال له: كيف قتلته.

أما ما جاء في بقية الحديث فقد أجاب عنه النووي: "أما قوله (إن قتله فهو مثله) فالصحيح في تأويله أنه مثله في أنه لا فضل ولا منة لأحدهما على الآخر لأنه استوفى حقه منه، بخلاف ما لو عفى عنه فإنه كان له الفضل والمنة وجزيل ثواب الآخرة وجميل الثناء في الدنيا، وقيل فهو مثله في أنه قاتل وإن اختلفا في التحريم والإباحة لكنهما استويا في طاعتهما الغضب ومتابعة الهوى لا سيما وقد طلب النبي صلى الله عليه وسلم منه العفو، وإنما قال النبي صلى الله عليه وسلم ما قال بهذا اللفظ الذي هو صادق فيه لايهام لمقصود صحيح وهو أن الولي ربما خاف فعفا والعفو مصلحة للولي والمقتول في ديتهما لقوله صلى الله عليه وسلم: يبوء بإثمك وإثم صاحبك، وفيه

رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « أَقَتَلْتَهُ ». قَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ لَوْ لَمْ يَعْتَرِفْ أَقَمْتُ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ. قَالَ نَعَمْ قَتَلْتُهُ. قَالَ « كَيْفَ قَتَلْتَهُ ». قَالَ كُنْتُ أَنَا وَهُوَ نَحْتَطِبُ مِنْ شَجَرَةٍ فَسَبَّنِى فَأَغْضَبَنِى فَضَرَبْتُ بِالْفَأْسِ عَلَى قَرْنِهِ. فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « هَلْ لَكَ مِنْ مَالٍ تُؤَدِّيهِ عَنْ نَفْسِكَ ». قَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ مَالِى إِلاَّ فَأْسِى وَكِسَائِى. فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « أَتُرَى قَوْمَكَ يَشْتَرُونَكَ ». قَالَ أَنَا أَهْوَنُ عَلَى قَوْمِى مِنْ ذَاكَ. فَرَمَى بِالنِّسْعَةِ إِلَى الرَّجُلِ فَقَالَ « دُونَكَ صَاحِبَكَ ». فَلَمَّا وَلَّى قَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « إِنْ قَتَلَهُ فَهُوَ مِثْلُهُ ». فَأَدْرَكُوا الرَّجُلَ فَقَالُوا وَيْلَكَ إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- قَالَ « إِنْ قَتَلَهُ فَهُوَ مِثْلُهُ ». فَرَجَعَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ حُدِّثْتُ أَنَّكَ قُلْتَ « إِنْ قَتَلَهُ فَهُوَ مِثْلُهُ ». وَهَلْ أَخَذْتُهُ إِلاَّ بِأَمْرِكَ فَقَالَ « مَا تُرِيدُ أَنْ يَبُوءَ بِإِثْمِكَ وَإِثْمِ صَاحِبِكَ ». قَالَ بَلَى. قَالَ « فَإِنْ ذَاكَ ». قَالَ ذَلِكَ كَذَلِكَ. النسائي: سنن النسائي: رقم الحديث 4744. ونفس الحديث رواه البيهقي في سننه برقم 16475.

مصلحة للجاني وهو إنقاذه من القتل، فلما كان العفو توصل إليه بالتعريض"[189]

أما قوله (أما تريد أن يبوء بإثمك وإثم صاحبك) قال النووي: "يحتمل أن معناه يكون عفوك عنه يكون سبباً لسقوط إثمك وإثم أخيك المقتول، والمراد إثمهما السابق بمعاص لهما متقدمة لا تعلق لها بهذا القاتل، فيكون معنى يبوء يسقط وأطلق بهذا للفظ عليه مجازاً"[190]

(ب) حديث رجم ماعز والغامدية:

"حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْعَلاَءِ الْهَمْدَانِىُّ حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ يَعْلَى - وَهُوَ ابْنُ الْحَارِثِ الْمُحَارِبِىُّ - عَنْ غَيْلاَنَ - وَهُوَ ابْنُ جَامِعٍ الْمُحَارِبِىُّ - عَنْ عَلْقَمَةَ بْنِ مَرْثَدٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ بُرَيْدَةَ عَنْ أَبِيهِ قَالَ جَاءَ مَاعِزُ بْنُ مَالِكٍ إِلَى النَّبِىِّ -صلى الله عليه وسلم- فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ طَهِّرْنِى. فَقَالَ « وَيْحَكَ ارْجِعْ فَاسْتَغْفِرِ اللَّهَ وَتُبْ إِلَيْهِ ». قَالَ فَرَجَعَ غَيْرَ بَعِيدٍ ثُمَّ جَاءَ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ طَهِّرْنِى. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « وَيْحَكَ ارْجِعْ فَاسْتَغْفِرِ اللَّهَ وَتُبْ إِلَيْهِ ». قَالَ فَرَجَعَ غَيْرَ بَعِيدٍ ثُمَّ جَاءَ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ طَهِّرْنِى. فَقَالَ النَّبِىُّ -صلى الله عليه وسلم- مِثْلَ ذَلِكَ حَتَّى إِذَا كَانَتِ الرَّابِعَةُ قَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « فِيمَ أُطَهِّرُكَ ». فَقَالَ مِنَ الزِّنَى. فَسَأَلَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « أَبِهِ جُنُونٌ ». فَأُخْبِرَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَجْنُونٍ. فَقَالَ « أَشَرِبَ خَمْرًا ». فَقَامَ رَجُلٌ فَاسْتَنْكَهَهُ فَلَمْ يَجِدْ مِنْهُ رِيحَ خَمْرٍ. قَالَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « أَزَنَيْتَ ». فَقَالَ نَعَمْ. فَأَمَرَ بِهِ فَرُجِمَ فَكَانَ النَّاسُ فِيهِ فِرْقَتَيْنِ قَائِلٌ يَقُولُ لَقَدْ هَلَكَ لَقَدْ أَحَاطَتْ بِهِ خَطِيئَتُهُ وَقَائِلٌ

[189] النووي: صحيح مسلم بشرح النووي - مج11-12 ج11 - ص158.
[190] النووي: صحيح مسلم - مج11-12 ج11 - ص158.

يَقُولُ مَا تَوْبَةٌ أَفْضَلَ مِنْ تَوْبَةِ مَاعِزٍ أَنَّهُ جَاءَ إِلَى النَّبِىِّ -صلى الله عليه وسلم- فَوَضَعَ يَدَهُ فِى يَدِهِ ثُمَّ قَالَ اقْتُلْنِى بِالْحِجَارَةِ - قَالَ - فَلَبِثُوا بِذَلِكَ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلاَثَةً ثُمَّ جَاءَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- وَهُمْ جُلُوسٌ فَسَلَّمَ ثُمَّ جَلَسَ فَقَالَ « اسْتَغْفِرُوا لِمَاعِزِ بْنِ مَالِكٍ ». قَالَ فَقَالُوا غَفَرَ اللَّهُ لِمَاعِزِ بْنِ مَالِكٍ. - قَالَ - فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « لَقَدْ تَابَ تَوْبَةً لَوْ قُسِمَتْ بَيْنَ أُمَّةٍ لَوَسِعَتْهُمْ ». قَالَ ثُمَّ جَاءَتْهُ امْرَأَةٌ مِنْ غَامِدٍ مِنَ الأَزْدِ فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ طَهِّرْنِى. فَقَالَ « وَيْحَكِ ارْجِعِى فَاسْتَغْفِرِى اللَّهَ وَتُوبِى إِلَيْهِ ». فَقَالَتْ أَرَاكَ تُرِيدُ أَنْ تُرَدِّدَنِى كَمَا رَدَّدْتَ مَاعِزَ بْنَ مَالِكٍ. قَالَ « وَمَا ذَاكِ ». قَالَتْ إِنَّهَا حُبْلَى مِنَ الزِّنَا. فَقَالَ « آنْتِ ». قَالَتْ نَعَمْ. فَقَالَ لَهَا « حَتَّى تَضَعِى مَا فِى بَطْنِكِ ». قَالَ فَكَفَلَهَا رَجُلٌ مِنَ الأَنْصَارِ حَتَّى وَضَعَتْ قَالَ فَأَتَى النَّبِىَّ -صلى الله عليه وسلم- فَقَالَ قَدْ وَضَعَتِ الْغَامِدِيَّةُ. فَقَالَ « إِذًا لاَ نَرْجُمَهَا وَنَدَعَ وَلَدَهَا صَغِيرًا لَيْسَ لَهُ مَنْ يُرْضِعُهُ ». فَقَامَ رَجُلٌ مِنَ الأَنْصَارِ فَقَالَ إِلَىَّ رَضَاعُهُ يَا نَبِىَّ اللَّهِ. قَالَ فَرَجَمَهَا"[191] **الشاهد**: أن النبي استفصل من ماعز والغامدية بعد أن اعترفا بجريمة الزنا قال النووي: "(أبك جنون) إنما قاله ليتحقق حاله، فإن الغالب أن الإنسان لا يصر على الإقرار بما يقتضي قتله من غير سؤال مع أن له طريقاً في سقوط الإثم بالتوبة"[192] وفي رواية أخرى: "أنه سأل قومه عنه فقالوا ما

---

[191] مسلم: صحيح مسلم رقم الحديث 4527. الحديث في رواه البخاري أيضاً مختصراً بلفظ: " يَعْلَى بْنَ حَكِيمٍ عَنْ عِكْرِمَةَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ - رضى الله عنهما - قَالَ لَمَّا أَتَى مَاعِزُ بْنُ مَالِكٍ النَّبِىَّ - صلى الله عليه وسلم - قَالَ لَهُ « لَعَلَّكَ قَبَّلْتَ أَوْ غَمَزْتَ أَوْ نَظَرْتَ» . قَالَ لاَ يَا رَسُولَ اللَّهِ . قَالَ « أَنِكْتَهَا » . لاَ يَكْنِى . قَالَ فَعِنْدَ ذَلِكَ أَمَرَ بِرَجْمِهِ " البخاري رقم الحديث 6824.

[192] النووي: صحيح مسلم بشرح النووي - مج11-12 ج11 - ص176.

نعلم به بأساً، وهذا مبالغة في تحقق حاله وفي صيانة دم المسلم، وفيه إشارة إلى أن إقرار المجنون باطل"[193] **لذلك**: "يشترط في الإقرار المثبت للجناية أن يكون مبيناً مفصلاً قاطعاً في ارتكاب الجاني الجناية، أما الاعتراف المجمل الذي يمكن أن يفسر على أكثر من وجه فلا تثبت به الجناية، فمن أقر مثلاً بقتل شخص لا يمكن اعتباره مسؤولاً جنائياً إذا فصل اعترافه عن كيفية القتل وأداته، فقد يكون المعترف طلب من القتيل أن يؤدي عملاً أو أن يذهب إلى مكان معين فقتل فيه فاعتقد أنه تسبب في قتله، واعترف بالقتل على هذا الأساس، ويجب أن يبين إن كان القتل عمداً أو شبه عمد أو خطأ، لأن لكل نوع من أنواع القتل أركاناً وعقوبات خاصة، ويجب أن يبين ظروف القتل وسببه، فقد يكون القتل وقع استعمالاً لحق أو لأداء واجب، ولا مسؤولية في مثل هذه الحالة، فالإقرار الذي يؤخذ به الجاني هو الإقرار المفصل المثبت لارتكاب الجريمة ثبوتاً لا شك فيه"[194]

---

[193] النووي: صحيح مسلم بشرح النووي - مج11-12 - ج11 - ص176.
[194] عودة: عبد القادر: التشريع الجنائي الإسلامي - مؤسسة الرسالة - ج2 - ص304.

الشرط الرابع: أن يكون الإقرار صريحاً:

يشترط الفقهاء أن يكون الإقرار صريحاً لا لبس فيه ولا غموض وهو يكون كذلك إذا كانت صيغته مفهومة وواضحة ولا تحتاج إلى بيان.

واشتراط صراحة الإقرار ووضوحه جعل بعض الفقهاء يتشككون في قبول إشارة الأخرس الدالة على الاعتراف، وإلى هذا ذهب الحنفية: ويستدلون على ذلك بأن الشرع علق وجوب الحد بالبيان المتناهي، ألا ترى أنه لو أقر بالوطء الحرام لا يقام عليه الحد ما لم يصرح بالزنا، والبيان لا يتناهى إلا بالصريح والكتابة والإشارة بمنزلة الكتابة، فلا يوجب الحد، كما أن إشارة الأخرس تحتمل ما فهم منها تحتمل غيره، والاحتمال يورث في درء الحد، لكونه مما يندرئ بالشبهات، كذلك فإن إشارة الأخرس تدل على عبارته، والحد لا يقام بالبدل، وأيضاً الكتابة، فلو كتب إقراره في كتاب فلا يصح، لأن الكتابة تتردد، وهي قائمة مقام العبارة والحد لا يقام بمثله.

أما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وأبو ثور وابن المنذر، فيذهبون إلى اعتبار إشارة الأخرس المفهمة وأن الإقرار بها صحيح. وذلك على أساس أن الأخرس نفس مخاطبة، فهو كالأعمى أو أقطع اليدين أو الرجلين ولأن إشارته تقوم مقام نطقه ككتابته.

قال السرخسي: "وإقرار الأخرس إذا كان يكتب ويعقل جائز في القصاص، وحقوق الناس، لأن له إشارة مفهومة تنفذ تصرفاته بتلك الإشارة، ويحتاج إلى المعاملة مع الناس، فيصح إقراره بحقوق العباد ما خلا الحدود. فإن الإقرار بها يستدعي التصريح بلفظ الزنا

والسرقة، وبإشارته لا يحصل هذا. ولأن الحدود تدرأ بالشبهات، فلعل في نفسه شبهة لا يتمكن من إظهارها بإشارته، إذ هو لا يقدر على إظهار كل شئ بإشارته"[195]

جاء مجلة الأحكام: "إقرار الأخرس بإشارته المعهودة معتبر ولكن اقرار الناطق بإشارته لا يعتبر"[196]

قال شارح المجلة: "اقرار الأخرس المتعلق بالمعاملات بإشارته المعهودة أو كتابته معتبر. فلذلك إذا أقر الأخرس ببيع أو إجارة أو هبة أو رهن أو نكاح أو طلاق أو إبراء وقصاص على المعتمد فيه بإشارته المخصوصة فهو صحيح ولو كان قادراً على الكتابة. والإشارة المعهودة تكون بأعضائه كاليد والحاجب وفي هذه الصورة إذا كان القاضي واقفاً على معنى إشارة الأخرس فيها، وإلا يسأل من أخوان الأخرس أو أصدقائه الذين يعرفون ما هو المقصد من تلك الإشارة وهؤلاء يوضحون ويفسرون بحضور القاضي مقصد الأخرس ويجب أن يكون هؤلاء عدولاً وممن يقبل قولهم، لأنه لا يعتمد كلام الفاسق (رد المحتار) أما إقراره في الحدود ولو كان حد القذف فغير معتبر"[197]

الرأي المختار:

نرى صواب رأي جمهور الفقهاء أن إشارة الأخرس المعلومة، وأن الإقرار بها صحيح. ومن باب أولى كتابته لأنها أقوى من الإشارة.

---

[195] السرخسي: المبسوط - دار الفكر - بيروت - مج9 - ص3173.

[196] علي حيدر: درر الحكام/تعريب المحامي فهمي الحسيني/دار الجيل/بيروت/مج4 ص112.

[197] علي حيدر: درر الحكام/مج4 ص113.

لأننــا إن لــم نأخــذ بمــذهب الجمهــور فــي هــذا الشــأن لتعطــل إقامــة العقوبات بالنسبة لهذه الطائفة لعدم إمكان تحصيل إقرارهم بألسنتهم العاجزة عن الكلام. كما أن انتشار مدارس ومعاهد متخصصة لتعليم الصم والبكم في وقتنا المعاصر يؤدي إلى وثوق المحكمة واطمئنانها من إقرار المتهم الأخرس وذلك في حضور مترجم خبير من المعاهد العلمية المتخصصة الموثوق بأمانتها لذلك نرى أنه يكفي أن يستعين القاضي بمترجم واحد سواء كان رجلاً أم امرأة باعتبار أن ما ينقله المترجم ليس شهادة بالمعنى الفقهي ـ وهذا ما سنتعرض له في إثبات جريمة القتل العمد بشهادة الشهود في الفصل القادم ـ بل نعتبرها رواية وإذا شك المتهم أو وكيله في أمانة المترجم فله أن يطلب من القاضي الاستعانة بمترجم آخر ومن ثم بعد أن يقر المتهم الأخرس بالضوابط التي ذكرناها فإنه يعاقب بإقراره ويقتص منه في جريمة القتل العمد كما يقتص من المتهم الناطق سواء بسواء.

(الثاني): تعريف الإقرار في القانون الوضعي:

نتناول في هذا القسم تعريف الإقرار(الإعتراف) في القانون الوضعي ودوافعه وأهميته ثم حجيته على النحو التالي:

(أ) تعريف الإقرار: جاء في الوسيط: "الإقرار هو اعتراف الخصم أما القضاء بواقعة مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة"[198]

[198] السنهوري: عبد الرزاق (الدكتور): الوسيط/ص481.

"هو إقرار المتهم على نفسه بارتكاب الوقائع المكونة للجريمة كلها أو بعضها"[199]

"أي هو تسليم المتهم بالتهمة وإقراره بها.. فهو دليل إثبات.. فيه يقر المتهم على نفسه بارتكاب الفعل المجرم دون اعتراض أو تسليم من محاميه ودون إبداء أقوال من متهم على آخر.. فإن كان مقيد بما سبق وجب المضي في تحقيق الدعوى وسماع شهودها"[200]

ويعرفه رؤوف عبيد: "الاعتراف aveu هو إقرار المتهم على نفسه بصحة ارتكابه للتهمة المسندة إليه، وهو سيد الأدلة وأقواها تأثيراً في نفس القاضي وأدعاها إلى اتجاهه نحو الإدانة"[201]

وأما علي زكي العرابي يعرف الاعتراف بأنه: "هو إقرار المتهم بكل أو بعض الواقعة المنسوبة إليه أو بظروفها"[202]

أما فتحي سرور فيرى أن الاعتراف هو إقرار المتهم على نفسه بصدور الواقعة الإجرامية عنه"[203]

أما محمود نجيب حسني بأنه: "إقرار المتهم على نفسه بصدور الواقعة الإجرامية عنه"[204]

---

[199] عبد الحكيم سالمان: اعتراف المتهم/ص17.

[200] السابق ص17.

[201] رؤوف عبيد (الدكتور): مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري - دار الجيل للطباعة - مصر - ط16 - 1985م - ص696.

[202] علي زكي العرابي (الدكتور): المبادئ الأساسية للتحقيقات والإجراءات الجنائية - مطبعة الترجمة والتأليف والنشر - 1940م - ص573.

[203] أحمد فتحي سرور (الدكتور): الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - مصر - 1981م - ص438.

[204] محمود نجيب حسني (الدكتور): شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - 1982م - ص472.

أما عبد العزيز سليم فيرى في تعريف الاعتراف: "أنه إقرار المتهم على نفسه بارتكابه الجريمة بقصد وتعمد، أي بركنيها المادي والمعنوي كلياً أو جزئياً دون ضغط أو إكراه أو لبس أو غموض من شخص أهل لذلك"[205]

وفي القانون الإنجليزي يعرف الإقرار CONFESSION:

"الإعلان طواعية من شخص ما إلى شخص آخر بارتكابه جناية أو جنحة بالوكالة أو بالاشتراك مع آخرين في نفس الجريمة"[206]

(ب) أهمية الاعتراف في القانون الجنائي الوضعي:

"يعتبر الاعتراف دليلاً قوياً في الإثبات وفقاً للمادة 271 إجراءات التي أعطت الحق للقاضي أن به يغني عن غيره من أدلة الإثبات فنصت المادة 2/271 من قانون الإجراءات الجنائية ـ المصري ـ على أن يسأل المتهم عما إذا كان معترفاً بارتكاب الفعل المسند إليه

---

[205] عبد العزيز سليم (محام): الإثبات الجنائي ـ مكتب 23 ش عبد الخالق ثروت ـ القاهرة ـ ط1 ـ 2000م ـ ص140.

[206] W.J. Stewart & Robert Burgess: Dictionary of Law HarperCollins Publishers Glasgow 1996 – page: 159 – 160. and look: The 'Lectric Law Library's Lexicon On: CONFESSION - The voluntary declaration to another person by someone who has committed a crime or misdemeanor in which he admits agency or participation in the same. www. Lectriclaw.com

فإن اعترف جاز للمحكمة الاكتفاء باعترافه والحكم عليه بغير سماع الشهود"[207]

فاعتراف المتهم دليل تحيطه الشبهات له تاريخ محمل بالأوزار فقد كان التعذيب في القانون القديم والعصور الوسطى هو الأداة التي بها يتم الحصول على الاعتراف من المتهم في بادئ الأمر.. بل كان قائماً على الفصل في اعتبار المتهم مذنباً أم بريئاً... بأن يلقي المتهم في نهر أو حوض ماء فإذا غرق كان دليلاً على إدانته أما إذا نجا من الغرق فهو برئ... وقد أنقذه الله وذلك لبراءته.

"وقد كان للاعتراف أيضاً أهميته الكبرى في القانون القديم. إذ كان ينظر إليه بوصفه ملك الأدلة وكان يعفي المحكمة من البحث في عناصر الإثبات الأخرى. ولا زالت للاعتراف أهمية في القانون الإنجليزي.. وذلك إذا اعترف المتهم يقضي القاضي بالعقوبة دون حاجة إلى اشتراك المحلفين في الدعوى باعتبار أن مهمتهم في إثبات التهمة أصبحت غير قائمة. "[208]

(ج) دوافع الإقرار:

حينما يأخذ القاضي بالاعتراف كثيراً ما يجد نفسه منساقاً إلى ذكر الدافع عليه في أسباب حكمه واستظهار أنه دافع واضح لا يؤثمه القانون وإن لم يكن لازماً عليه لمصلحة تسبب الحكم. إن القاعدة

[207] عبد الحكيم سالمان: اعتراف المتهم/ص18.
[208] السابق/ص19.

وراء اعتراف المتهم تفيد القاضي إلى حد بعيد في تقدير صدق الاعتراف وحجته وقد يكون الباعث وراء اعتراف المتهم كالآتي:
الاعتراف بدافع الندم: وهو في الغالب يصدر من المجرم لأول مرة أو المجرم بالصدفة نتيجة رغبة داخلية ملحة في العودة على الاستقامة والتوبة إلى الله واستقرار الضمير. وقد يكون الاعتراف تخلصاً من القلق النفسي الذي يشعر به لمتهم أثناء التحقيق.. وقد يجد المتهم أن أقواله متناقضة وأنه محاصر بأدلة ضده لا تفيد فيها المكابرة ويضطر إلى الاعتراف تخلصاً من هذا الموقف العصيب. ويدخل في هذا النوع اعتراف المتهم عجزاً منه عن الاستمرار في الكذب.. حيث يتركه المحقق يسترسل في أقواله إلى أن يجد نفسه أمام أقوال متضاربة فيصير عاجزاً عن الاستمرار في الكذب ومن ثم يعترف ويقر بجريمته.. وقد يكون الاعتراف بغية أن يعامل المتهم معاملة حسنة أمام جهة التحقيق بعد اقتناعه من نفسه دون تأثير من أحد بالفائدة العملية التي تعود عليه باعترافه.. مما يجعل القاضي ينظر إلى اعترافه بعين الاعتبار وقد يعتبر من الظروف المخففة للعقوبة لدى القاضي الجنائي.. وهذا ما يطبق على نطاق في القضاء الجنائي الإنجليزي .. وتأخذ به المحاكم الجنائية المصرية في بعض القضايا وخاصة إذا أدى الاعتراف إلى كشف شركاء آخرين أو منع جرائم كانت سترتكب.. وقد يكون اعتراف المتهم بدافع الشهرة والفخر كجرائم القتل بدافع الثأر، وجرائم العرض والشرف، وهناك بعض المتهمين من يفتخر ون بجريمة سياسية ما اعتزازاً بمبادئ جماعتهم.

(د) حجية الإقرار:

يخضع الإقرار في تقدير قيمته كدليل إلى سلطة المحكمة شأنه في ذلك شأن سائر أدلة الإثبات الأخرى. "فليس معنى اعتراف المتهم بالتهمة المنسوبة إليه أن تكون المحكمة ملزمة بالحكم بالإدانة، بل لها إن لم يكن من واجبها أن تتحقق من أن الاعتراف الصادر من المتهم قد توافرت شروط صحته، من حيث عدم تأثر إرادة المتهم بأي مؤثر خارجي. كما ينبني عليها مراعاة توافر باقي الشروط الأخرى حتى يمكنها التعويل عليه كدليل"[209] وبعد أن تتحقق المحكمة من توافر شروط صحة الاعتراف الإجرائية تبدأ مهمتها في تقدير ذلك الاعتراف. والهدف من هذا التقدير هو التحقق من صدق الاعتراف من الناحية الواقعية بأن يكون مطابقاً وماديات الواقعة كما استخلصتها المحكمة من تحقيقاتها ومن الأوراق. وأن يكون هناك اتساق بينه وبين الأدلة الأخرى في الدعوى فلا تأخذ به إلا إذا كان مطابقاً للحقيقة. أما إذا كان متناقضاً معها فلا يصح التعويل عليه. ويقع على عاتق المحكمة واجب التحقيق من تطابق الاعتراف الموضوعي مع وقائع الدعوى وتطابقه النفسي من حيث اتجاه إرادة المعترف إلى اقتراف السلوك الإجرامي، وليس إلى مجرد تحمل المسئولية. لذلك قضت محكمة النقض: "لا يصح تأثيم إنسان بناء على اعترافه، متى كان ذلك مخالفاً للحقيقة والواقع؛ فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اتخذ من اعتراف الطاعن بمسئوليته عن إدارة

[209] مأمون سلامة (الدكتور): الإجراءات الجنائية في التشريع المصري - ص131.

المحل دليلاً على إدارته الفعلية له في جميع الأوقات وهو ممتنع إلا إذا ثبت ذلك بالفعل، فقد كان جديراً بالمحكمة أن تعرض لحقيقة الواقع من أمر قيام المتهم بالإدارة أو تخلفه عند وقوع الجريمة"[210]

ومتى اطمأنت المحكمة إلى الاعتراف، وتحققت من توافر جميع شروط صحته كان لها أن تستند إليه في الحكم على المتهم، ولو لم يكن قد وقع أمامها وإنما أمام سلطات التحقيق، ولها أن لا تلتفت لعدوله عن أقوال صدرته متى، وتعتمد على تلك الأقوال متى رأت أنها صحيحة وصادقة متى لو أصر على العدول أمام المحكمة.

"غير أن المحكمة تكون ملزمة ببيان سبب اطراحها إنكار المتهم اللاحق إذا ما أخذت باعترافه أثناء التحقيق الابتدائي وإلا كان حكمها معيباً بالقصور"[211]

فنظراً لقيمة الاعتراف في الإثبات فإنه يجب على المحكمة إذا رأت عدم الأخذ به أن تسبب رأيها في ذلك. فإذا كان للمحكمة مطلق التقدير في طرح الأدلة دون أن تبين الأسباب التي أدت إلى عدم اطمئنانها إليها. فإنه بالنسبة للاعتراف لا يجوز لها ذلك.

"وفي الاتحاد السوفيتي (قبل تفككه) فإن للقاضي الحرية في تقدير حجية الاعتراف حسبما يتكشف له ظروف الدعوى. فالاعتراف مثله مثل سائر الأدلة لا يخرج عن السلطة المخولة للمحكمة في تقدير الأدلة"[212]

هل يكفي الاعتراف وحده لتأسيس الحكم بالإدانة؟

---

[210] نقض 3 يونية 1968 مجموعة أحكام النقض س19 رقم 132.

[211] نقض 11 يناير 1943، 28 فبراير 1950 .

[212] هلال عبد اللاه: مرجع سابق ـ ص972.

استكمالاً لموضوع حجية الاعتراف في القانون الوضعي نجد أن رأي فقهاء القانون الوضعي على اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أن مجرد اعتراف المتهم لا يكفي وحده لحمل القاضي على الإدانة، وأن الاعتراف بداية الإثبات ويجب لإتمام الاقتناع أن يضاف إليه أدلة أخرى، فهو دليل قولي غير محسوس لا يقطع بذاته بالإدانة. "فعلى سبيل المثال إذا اعترف القاتل بالجريمة وقرر أنه اشترى السكين التي استعملها في القتل من محل معين في وقت معين، وبعد ارتكابه الجريمة توجه صوب محطة بنزين حيث غسل يديه المخضبة بالدماء، وعند مغادرته المحطة قابل أحد معارفه، فيجب على المحقق أن يتحقق في الحال من هذه الوقائع: بالنسبة لشراء السكين يسأل البائع وإذا تذكر البيع يؤخذ عليه إقرار بذلك، ويقدم هذا الإقرار للمحكمة لتأييد الاعتراف ولنفس الأسباب يسأل عمال محطة البنزين والشخص الذي قابله بها. مثل هذا الاعتراف المدعم بالحجج والبراهين له قيمة أكبر بكثير من الاعتراف غير المدعم بالأدلة"[213]

ونلاحظ أن الاتجاه الأول هو السائد في القضاء الفرنسي وكذلك في الاتحاد السوفيتي قبل تفككه إذ يرى الفقهاء أنه لا ينبغي المبالغة في قيمة الاعتراف، فقد يعترف الإنسان البريء بجريمة لم يرتكبها ويدللون على ذلك "بما وقع أمام إحدى محاكم (لننجراد) حيث اعترف أب بارتكاب جريمة قتل من أجل أن ينقذ ابنه. كما نشرت

---

[213] Locard Edomond: Manual de technique policier Equete criminelle. Paris 1940 P.30 نقلاً عن هلال عبد اللاه: مرجع سابق ص974.

إحدى الصحف الروسية عام 1961 أن رجلاً تقدم إلى النيابة الشعبية حيث اعترف بأنه قتل ابنته عن طريق الخطأ وتخلص وقائع هذه الحادثة أن هذا الرجل كان قد تزوج بامرأة أخرى بعد وفاة زوجته التي أنجبت منها الابنة التي يدعى قتلها. وقد كانت هذه الابنة والبالغ عمرها ثلاث عشرة سنة دائبة الشجار مع زوجة أبيها. وفي إحدى المرات احتد الأب وصفع ابنته على وجهها، فأسرعت في اتجاه النهر واختفت، وقد فشلت كل المحاولات التي بذلت من أجل العثور عليها فاعتقد الأب أنه كان سبباً في غرق ابنته، فتقدم إلى النيابة معترفاً بذنبه. وقد تصادف ظهور جثة فتاة ألقى بها التيار على مسافة عشرين كيلو متر من مكان الحادث، وعندما اقتيد الأب إلى مكان هذه الجثة تصور أنها جثة ابنته. لكن الحقيقة كانت غير ذلك فالجثة لم تكن جثة ابنته بل كانت جثة فتاة أخرى غرقت أثناء الاستحمام. أما ابنة الرجل فقد ظهرت بعد عدة أيام بصحة وسلام، وتبين أنه بعد أن صفعها والدها على وجهها توجهت خفية نحو محطة قطار قريبة وجلست في قطار خاص بالبضائع، حيث كانت تأمل أن تلتحق بأحد المؤسسات الخاصة بالأطفال، وفي الطريق اكتشفوها وقادوها إلى صالة الأطفال في المحطة. وقد تم التعرف على شخصيتها وانتهى الأمر بأن طلبت للعودة بنفسها إلى المنزل. ولذا فإن السائد في الاتحاد لسوفيتي (قبل تفككه) فقهاً وقضاء وتشريعاً أن الاعتراف غير كاف بمفرده لأن يبني عليه بالحكم بالإدانة بل يجب أن يؤيد بدليل آخر"[214]

[214] هلال عبد اللاه: مرجع سابق ص975 ، ص976.

وفي مصر "يؤيد بعض الفقهاء هذا الاتجاه ويرى صورة أن يعزز الاعتراف أدلة أخرى، لأن الاعتراف وحده لا يكفي في تسبيب حكم الإدانة"[215]

أما الاتجاه الثاني: فيرى أنه "لا توجد قاعدة أو مبدأ يقرر أن الاعتراف لا يكفي وحده كدليل إدانة. فالقول بهذا يتعارض مع مبدأ حرية الاقتناع إذ يعني استبعاد دليل اقتنع به القاضي"[216]

لم يأخذ المشرع المصري بالاتجاه الأول إذ نص في المادة 271 من قانون الإجراءات الجنائية (ويسأل المتهم عن اسمه ولقبه وسنه وصناعته ومحل إقامته. ومولده وتتلى التهمة الموجهة إليه بأمر الإحالة أو بورقة التكليف بالحضور على حسب الأحوال ثم تقدم النيابة العامة والمدعي بالحقوق المدنية أن وجد طلباتهما. وبعد ذلك يسأل المتهم إذا كان معترفاً بارتكاب الفعل المسند إليه، فإن اعترف جاز للمحكمة الاكتفاء باعترافه، والحكم عليه بغير سماع الشهود) فللمحكمة بمقتضى هذا النص أن تكتفي باعتراف المتهم في الحكم بإدانته.

أقول: بالمقارنة بين الاتجاهين السابقين نرى أن المحكمة متى تحققت من صحة الاعتراف وأعملت الشروط اللازمة لصحة هذا الاعتراف فإنه يحق لها أن تحكم بإدانة المتهم في هذه الحالة لأننا لو قلنا إن الاعتراف وحده لا يكفي في تسبيب الحكم بالإدانة فإن كثيراً من المتهمين المتقنين لتنفيذ جرائمهم سيفلتون من العقاب حتى لو

---

[215] محمود مصطفى (الدكتور): شرح قانون الإجراءات الجنائية ـ بند 341.

[216] محمود نجيب حسني (الدكتور): شرح قانون الإجراءات الجنائية ـ ص 483.

اعترفوا أمام جهات التحقيق ومجلس القضاء كما حدث في الاتحاد السوفييتي سابقا حيث:

"قضت المحكمة العليا السوفيتية بأن الاعتراف لا يكفي بمفرده لتأسيس الحكم بالإدانة؛ وكان ذلك في واقعة مفادها أن المدعو Jidkikh اتهم بقتل شخص آخر، وفي التحقيق الابتدائي اعترف بالجريمة وأصر على اعترافه بالمحكمة ولكنه لم يذكر الدافع الذي من أجله ارتكب الجريمة، ولم يكن هناك شهود أو أي دليل آخر سوى اعترافه، فلم تأخذ المحكمة بهذا الاعتراف لعدم تأييده بأدلة أخرى"[217]

هكذا حكمت المحكمة العليا السوفيتية قبل تفككه طبقاً لنص المادة 77 من قانون الإجراءات الجنائية الذي ينص على أن الاعتراف وحده لا يكفي لإثبات الإدانة إلا إذا تأيد بأدلة أخرى في الدعوى. وكانت المحكمة ذكرت أن المتهم لم يذكر الباعث لذا فإنها لم تأخذ باعترافه أما المشرع المصري فقد اكتفى باعتراف المتهم بعد التحقق من صحته وهذا الاتجاه الثاني يتفق والفقه الجنائي الإسلامي الذي يكتفي باعتراف المتهم بعد التحقق من صحته وفي هذا الاتجاه الثاني صيانة للمجتمع من تلاعب محترفي الإجرام لأن الرأي الأول بكل بساطة يمكن المجرم المحترف باقتراف جريمة القتل العمد وهو مطمئن أن جهات الضبط القضائي وجهات التحقيق لن تضغط عليه كثيراً إذ يكفيه أن يعترف أنه قتل المجني عليه بدون ذكر السبب أو الباعث

[217] هلال عبد اللاه: مرجع سابق ص976.

الذي دفعه علـى اقتـراف جرمـه ممـا يعجـل بمحاكمتـه ومـن ثـم الحكـم بإطلاق سراحه أو براءته!!

(الثالث) شروط الإقرار في القانون الوضعي:

لقد وضع فقهاء القانون الوضعي عدة شروط لإقرار المتهم لكي يكون اعترافه مقبولاً أمام القاضي الجنائي لإثبات جريمة القتل العمد على النحو التالي:

أولاً: أن يكون الاعتراف صادراً من المتهم نفسه:

يرى فقهاء القانون الوضعي أن الاعتراف المعتبر الذي تأخذ به محكمة الجنايات يجب أن يكون صادراً من المتهم نفسه وليس من وكيله أو من أقوال متهم آخر في القضية "يشترط في الاعتراف الذي يعتد به، والذي يجيز للمحكمة الاكتفاء به والحكم بغير سماع الشهود، أن يكون صادراً من المتهم نفسه، أما ما جرى به التعبير الخاطئ من وصف أقوال متهم في الدعوى على متهم آخر فيها بأنه اعترف (اعتراف متهم على متهم)، فلا يعتبر في حكم المادة 271،[218] بل مجرد استدلال لا تزيد قيمته على قيمة استدلال آخر في الدعوى"[219]

---

[218] نص المادة 271 من قانون الإجراءات الجنائية المصري: "يبدأ التحقيق في الجلسة بالمناداة على الخصوم والشهود، ويسأل المتهم عن اسمه ولقبه وسنه وصناعته ومحل إقامته. ومولده وتتلى التهمة الموجهة إليه بأمر الإحالة أو بورقة التكليف بالحضور على حسب الأحوال ثم تقدم النيابة العامة والمدعي بالحقوق المدنية أن وجد طلباتهما. وبعد ذلك يسأل المتهم إذا كان معترفاً بارتكاب الفعل المسند إليه، فإن اعترف جاز للمحكمة الاكتفاء باعترافه، والحكم عليه بغير سماع الشهود وإلا فتسمع شهادة شهود الإثبات، ويكون توجيه الأسئلة للشهود من النيابة، ثم من المتهم ثم المسئول عن الحقوق المدنية. وللنيابة العامة وللمجني عليه وللمدعي بالحقوق المدنية

ثانياً: أن يكون الاعتراف صريحاً لا غموض فيه:

"فلا يستنتج من مثل هرب المتهم، أو تغيبه، أو تصالحه مع المجني عليه على تعويض معين. كما ينبغي أن ينصب على نفس الواقعة الإجرامية لا على ملابساتها المختلفة. فتسليم المتهم مثلاُ بأنه كان موجوداً في مكان الجريمة في وقت وقوعها، أو بوجود ضغينة بينه وبين القتيل، أو بأنه يحرز سلاحاً من النوع الذي وقعت به الجريمة، أو بأنه سبق له أن اعتدى على المجني عليه، أو هدده بالقتل أو بأنه استفاد من القتل ... إلخ. كل ذلك لا يعد اعترافاً بارتكاب القتل، وإن كان فيه ما يصح أن يعد مجرد دلائل موضوعية لا تكفي للإدانة إلا إذا عززتها أدلة كافية"[220]

ثالثا: أن يصدر عن متهم متمتع بالتمييز:

"فلا يعتد باعتراف صادر من مجنون، حتى ولو كان في وقت الجريمة متمتعاً بقواه العقلية، ولا عبرة كذلك باعتراف قد يصدر تحت تأثير مسكر أو مخدر أو تنويم مغناطيسي أو تأثير نفساني"[221]

أن يستجوبوا الشهود المذكورين مرة ثانية، ولإيضاح الوقائع التي أدوا الشهادة عنها في أجوبتهم" أشرف إدوارد حنا: قانون الإجراءات الجنائية المعدل بالقانون 174 لسنة 1998 وفقاً لأحدث التعديلات لسنة 2000 ـ دار الألفي لتوزيع الكتب ـ المنيا ـ مصر ـ ص126.

[219] رؤوف عبيد (الدكتور): مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ــ ص696، ص697.

[220] رؤوف عبيد (الدكتور): مبادئ الإجراءات الجنائية ــ ص697.

[221] رؤوف عبيد : السابق ــ ص697.

"كما ينبغي أن يكون المعترف حراً في الاختيار وقت اعترافه، فلا عبرة باعتراف ولو كان مقنعاً إذا جاء نتيجة إكراه مادي أو أدبي مهما كان قدره"[222]

"والإكراه المادي في أقوى صوره يتمثل في التعذيب والضرب. كما حكم بأنه قد يتمثل في هجوم الكلب البوليسي على المتهم إذا ترك يمزق ملابسه ويحدث به إصابات. أما الإكراه الأدبي فيتمثل في الوعد أو في الوعيد، بشرط قيام رابطة السببية بينها وبين الاعتراف"[223]

"والإكراه يبطل الاعتراف المترتب عليه بطلاناً من النظام العام، مهما كان قدر هذا الإكراه من الضآلة، ومن ثم فيجب عدم التعويل على الاعتراف في هذه الحالة وإلا كان الحكم باطلاً. لأنه إذا كان مادياً فهو يعد في حد ذاته جريمة تستوجب العقاب (م 126)[224] ، وإذا كان معنوياً يعد عملاً غير مشروع أجمعت الشرائع على استنكاره، ومستوجباً بالأقل المسئولية التأديبية"[225]

وتصداقاً لذلك تنص المادة 302 من قانون الإجراءات الجنائية المصري: "كل قول يثبت أنه صدر من المتهمين أو الشهود تحت وطأة الإكراه أو التهديد به يهدر، ولا يعول عليه". فإذا تمسك المتهم

---

[222] رؤوف عبيد: السابق - ـ ص698.

[223] رؤوف عبيد: السابق ـ ص698.

[224] تنص المادة 126 من قانون العقوبات المصري على :"كل موظف أو مستخدم عمومي أمر بتعذيب متهم أو فعل ذلك بنفسه لحمله على الاعتراف يعاقب بالأشغال الشاقة أو السجن من ثلاث سنوات إلى عشرة. وإذا مات المجني عليه يحكم بالعقوبة المقرة للقتل عمداً".

[225] رؤوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ـ ص698

بأن الاعتراف المعزو إليه كان وليد إكراه تعين على حكم الإدانة إذا أخذ به أن يرد على هذا الدفع بما يفنده، وإلا كان معيباً بما يستوجب نقضه"[226]

في إنجلترا: يجب أن يكون الاعتراف صريحاً لا يحتمل تأويلاً ولا تفسيراً بحيث إذا لم يكن كذلك فلا يجوز التعويل عليه "وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة الاستئناف الإنجليزية بأنه يعتبر سوء تقدير من المحكمة فهمها العبارة التي صدرت من المتهم وهي هذا حظي just my luck رداً على الاتهام الموجه له على أنه إقرار منه بالإدانة، في حين أن هذه العبارة قد يفهم منها أيضاً عدم الإدانة، فربما تكون تعبيراً عن سوء حظه لمحاكمته"[227]

وفي الولايات المتحدة الأمريكية: يشترط كذلك صراحة الاعتراف "وقد حكم بأنه إذا تعهد المتهم بدفع ثمن المسروقات فإن ذلك لا يعد اعترافاً منه بالسرقة، لذا يجب أن يكون الاعتراف قاطعاً بارتكابه الجريمة"[228]

رابعاً: أن يكون الاعتراف قضائياً وليس خارج مجلس القضاء:

"والاعتراف القضائي Judiciarie هو ما يصدر من المتهم على نفسه في مجلس القضاء، قد جرى الرأي على القول أنه يكفي، ولو كان هو الدليل الوحيد في الدعوى لتسبيب حكم الإدانة ما دامت قد

---

[226] رؤوف السابق ـ ص698 ، ص699.

[227] هلال عبد اللاه: مرجع سابق ص 962.

[228] هلال عبد اللاه: مرجع سابق ص 962.

توافرت له شروطه المطلوبة. أما الاعتراف غير القضائي Extra-Judiciaire فهو ما قد يرد ذكره في التحقيقات نقلاً عن أقوال منسوبة إلى المتهم خارج مجلس القضاء، مثلاً أمام شهود، أو في محرر صادر منه، أو في محضر جمع استدلالات، أو تحقيق إداري، أو في محضر التحقيق الابتدائي بمعناه الضيق، أو أمام سلطة الإحالة أيا كان نوعها أو مدى سلطانها على الدعوى، وليس هناك ما يمنع من أن يكون سبباً في الإدانة. لكن قيمته في الاقتناع نقلة متوقفة على ما للمحرر الذي تضمنه، أو على ما لشهادة الشاهد الذي نقله من قيمة، وهو لا يصلح على أية حال في أن يكون سبباً في عدم سماع شهود طبقاً للمادة 271. وإذا أصر المتهم على اعترافه في الجلسة عد ذلك اعترافاً قضائياً وصح وحده سبباً للإدانة، ولعدم سماع الشهود. أما إذا أنكر صدوره منه، وجب اعتباره اعترافاً غير قضائي، ولو صدر بناء على إجراءات صحيحة روعيت فيها كل الضمانات المطلوبة"[229]

- **خداع المتهم في القانون الوضعي:**

يقصد بالخداع: "تلك الأعمال الخارجية التي يقوم بها الباحث أو المحقق لتأييد ما يدعيه من أقوال كاذبة للإيهام بصحة الواقعة أو الأمر المدعى به، وذلك بغية تضليل المتهم والحصول منه على اعتراف"[230]

---

[229] رؤوف عبيد (الدكتور): مبادئ الإجراءات الجنائية ـ ص699.
[230] هلال عبد اللاه: مرجع سابق ـ ص 949.

ويعرف الحيلة أحد شراح قانون العقوبات المصري:"بأنها تلك الأعمال الخارجية التي يؤديها الشخص ليؤيد بها أقواله الكاذبة ويستر بها غشه، لأن الكذب المجرد لا يكفي لتكوين الحيلة بل يلزم تأييد مظاهر خارجية"[231]

هناك نظريتان مختلفتان في مدى مشروعية خداع المتهم؟

المدرسة اللاتينية: "وتتزعمه فرنسا حيث يتجه القضاء فيها إلى رفض الإقرارات أو الاعترافات التي يكون قد تم الحصول عليها نتيجة إجراءات مشوبة بأي نوع من الخداع فيحكم دائماً ببطلانها، ولا يجوز الاستناد إليها"[232]

"ومن أمثلة تلك القضية الفرنسية المشهورة التي أراد فيها قاضي التحقيق معرفة ما إذا كان المشتبه فيه شريكاً للمتهم أم لا؟ فلجأ إلى حيلة بأن اتصل تليفونياً بالأخير وأوهمه بأنه الأول، بعد أن قلد صوته، وظل يتحدث معه حتى حصل منه على اعتراف بأنه شريك في الجريمة، وقدما للمحاكمة وحكم عليهما بالإدانة وبمعاقبتهما. وطعن الشريك في الحكم، فأدانت محكمة النقض الفرنسية استعمال الخداع في الإجراءات الجنائية وأثبت القاضي لاستخدامه هذه الوسيلة البعيدة عن الشرف والناقضة لوقار الوظيفة"[233]

---

[231] محمود مصطفى (الدكتور): شرح قانون العقوبات/مطبعة جامعة القاهرة/1983م - ص508.

[232] هلال عبد اللاه: مرجع سابق - ص952.

[233] هلال عبد اللاه: مرجع سابق - ص 950.

"ومن أمثلة خداع المتهم كذلك أن يعمد القاضي أثناء قيامه باستجواب المتهم بإيهامه أن شركاءه قد اعترفوا عليه في حين أن شيئاً من ذلك لم يحدث حتى يثير فيه رغبة الانتقام منهم فيدلي بأقواله ضدهم"[234]

"وعلة استبعاد هذا النوع من الاعتراف أن الخداع ينطوي على نوع من التدليس الذي يوقع المتهم في الغلط فيعيب إرادته، وطالما كانت إرادته معيبة وقت الإدلاء بالاعتراف فإنه لا يكون صحيحاً"[235]

النظام الأنجلو أمريكي:"وعلى العكس من ذلك القضاء الأمريكي حيث مازال يقبل الأدلة التي يتم الحصول عليها بطريقة الحيل والخداع، بشرط ألا يؤدي هذا الخداع إلى اعتراف مزور غير حقيقي، أو ينتج ذلك التصرف جريمة خاصة لها عقوبة محددة"[236]

وتطبيقاً لذلك فقد حكم بصحة الاعترافات التي أدلى بها المتهمون عقب استعمال الطرق الاحتيالية الآتية معهم وانخداعهم بها: إيهام المتهم كذباً أن شريكه قد اعترف، أو الحصول على أدلة ضده مثل العثور على بصمات أصابعه في مكان الحادث، أو ضبط السكين التي استعملت في جريمة القتل، أو اندساس رجل الشرطة السري مع المتهم وإيهامه بأنه مسجون مثله، أوالتظاهر بأنه شاهد المتهم وهو يرتكب الحادث[237]

---

[234] هلال عبد اللاه: مرجع سابق ـ ص 951.
[235] هلال عبد اللاه: مرجع سابق ـ ص951.
[236] السابق ـ ص952.
[237] السابق ـ ص953.

في حكم لمحكمة الاستئناف الإنجليزية: "أنه ليس من حق الشرطة أن توعز للمتهم بأن لديها أدلة على إدانته وأن إجابة المتهم في هذه الحالة لا تقبل الإثبات"[238]

"ويلاحظ أن هذا الاتجاه لا يتفق- وبحق- مع مسلك التشريعات الأنجلو أمريكية في التشدد في حرية المتهم في إبداء أقواله، وتنبيهه قبل سؤاله بأنه ليس ملزماً بقول أي شئ ما لم يرغب في قوله، وذلك طبقاً للقاعدة الثانية والخامسة من قواعد القضاء Judge s Rules. ويشير (ديفين باترك) إلى القاعدة الثانية لقواعد الإجراءات الجنائية في إنجلترا :تنص القاعدة الثانية على أنه عندما يستقر ضابط الشرطة على اتهام شخص بجريمة ما، يجب عليه أولاً أن يوجه له التحذير قبل سؤاله. وأوضحت القاعدة الخامسة صيغة التحذير وهو (هل تريد أن تقول شيئاً في الإجابة على اتهامك؟ إنك لست ملزماً بقول أي شئ ما لم ترغب في ذلك، ولكن كل ما تقوله سيدون كتابة وربما يقدم في الإثبات"[239]

في النظام المصري: هناك رأي في القضاء المصري ولا سيما القضاء الواقف (المحامون) يرى أن كثيراً من أحكام محكمة النقض المصرية قد أغفلت الحيل ولم تهتم بها واكتفت بحق محكمة الموضوع في الأخذ باعتراف المتهم في حق نفسه كما هو مقرر في عدة أحكام لها:

---

[238] سامي الملا: مرجع سابق - ص134.

[239] هلال عبد اللاه: مرجع سابق - ص954.

- "من الجائز أن يكون الاعتراف وحده دليلاً تأخذ به المحكمة ولو مع بطلان القبض والتفتيش"[240]
- "لا يلـزم أن يوقـع المـتهم علـى الاعتـراف الصـادر منـه والمثبـت بمحضـر التحقيـق مـا دام موقعـاً عليـه مـن المحقـق والكاتب"[241]
- "للمحكمة أن تأخذ باعتراف المتهم في محضر الشرطة ولـو عدل عنه في مراحل أخرى متى اطمأنت إلى صدقه"[242]

ويعلـق عبـد العزيـز سـليم علـى أحكـام محكمـة الـنقض قـائلاً: "وفـي الحقيقـة إن التطبيقـات العمليـة تكشـف كـل يـوم عـن خـدع وحيـل (فقد يحاول مأمور الضبط أن يظهر المتهم بمظهر المعترف الذي يرغب في أن يريح ضميره المعذب) فهو نادم على جريمته.. فـالمعترف هنـا ربما يكون قد وعدوه بالجنة مقابل هذا الاعتراف. وما على المتهم إلا أن يوقع على محضر الضبط ـ وقد يأتي في ديباجة هذا المحضـر أنـه يعتـرف لأن ضـميره لا يسـامحه وقـد تـاب عـن كـل أفعالـه الإجراميـة كأنه ألعوبـة فـي أيـدي مـأمور الضـبط الـذي يسـعى وراء أي اعتـراف باطل وملفق من أساسه"[243]

"والحيـل والخـداع فـي صـورتها الطبيعيـة تكمـن فـي أغلبهـا فـي أن مـأمور الضـبط يـوحي للمـتهم المغلـوب علـى أمـره بـاللون الـوردي.. والحـوار المعسـول.. فالخـدع قـد تشـملها بعـض الوعـود.. أو بتحسـن

---

[240] الطعن رقم 1016 لسنة 43 ق جلسة 1973/12/16.
[241] الطعن رقم 83 لسنة 25 ق جلسة 1955/1/12.
[242] الطعن رقم 1101 لسنة 59 ق جلسة 11/26/ 1984.
[243] عبد العزيز سليم: الإثبات الجنائي ـ القاهرة ـ 2003م ـ ص200.

المعاملة فينتهي الاعتداء عليه ـ ولا مانع من بعض المشروبات أو الزيارات أو المأكولات فالخديعة والحيلة قامت بدورها ـ وتصوير الواقعة قد تم ولم يبق سوى العرض على النيابة. وللأسف الشديد فإن كثيراً من أحكام النقض قد أغفلت الحيل"[244]

ويرى سليم أنه "إذا سقط المتهم فعلاً ضحية الخدع والحيل فإن هذه الاعترافات لا قيمة لها لأنها اعترافات ملفقة ومزيفة ولم تصدر عن إرادة صحيحة وإنما صدرت تحت ضغط وحيل وأساليب شتى من الخدع والتضليل ـ ولا شك أن حواش القضية ومقدماتها وملابساتها سوف تعطي انطباعاً لبراءة واضحة ظاهرة مهما كان الإطار الذي يحيط بهذه الاعترافات ولا بد أن يكون هناك قاضياً يخرج الدعوى من الظلمات التي تحيط بها إلى النور الساطع ويحق العدالة في أكمل صورها. فمأمور الضبط الذي يستر غشه وتدليسه فيأتي بأعمال خارجية تؤيد زعمه.. فإن القانون لا يؤيد في اطلاقاته استعمال وسائل الغش والخديعة للحصول على اعتراف المتهم حتى ولو كان الوصول للحقيقة صعباً متعذراً بدون استعمال تلك الطرق غير المشروعة. فالحيلة تعطل إرادة المتهم وتعيب قدراته الفعلية وقت الإدلاء بالاعتراف"[245]

الخلاصة:

- الاعتراف سيد الأدلة وأقواها تأثيراً في نفس القاضي وأدعاها إلى اتجاهه نحو الإدانة لأن الاعتراف هو إقرار

---

[244] عبد العزيز سليم: مرجع سابق ـ ص200.

[245] عبد العزيز سليم: مرجع سابق ـ ص202.

المتهم على نفسه مباشرة بصحة ارتكابه الجريمة المسندة إليه (القتل العمد).

- لقد نصت المادة 271 فقرة 2 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه يسأل المتهم عما إذا كان معترفاً بارتكاب الفعل المسند إليه، فإن اعترف جاز للمحكمة الاكتفاء باعترافه والحكم عليه بغير سماع شهود.
- اعتراف متهم على متهم تعبير غير دقيق من الناحية الفنية إذ لا يعد اعترافاً صحيحاً طبقاً لحكم المادة 271 من قانون الإجراءات الجنائية المصري بل هو مجرد استدلال أو قرينة ولا يصح أن يأخذ بها القاضي وحدها دون سماع شهود وقد جاء في حكم محكمة النقض المصرية: "ليس هناك ما بداهة ما يمنع القاضي من التعويل عليه بوصفه استدلالاً إذا اطمأنت إليه"[246] "ويستوي أن يكون المتهم الذي أخذ القاضي بأقوال زميله مقراً بالتهمة أو منكراً لها"[247]
- يشترط أن يكون الاعتراف صريحاً لا غموض فيه ولا لبس فلا يستنتج من هرب المتهم أو غيابه أو تصالحه مع المجني عليه على تعويض معين وفق نص القانون.
- يشترط أن ينصب الاعتراف على الواقعة الإجرامية لا على ملابساتها المختلفة فتسليم المتهم بوجوده بمكان الجريمة أو بنزاع سابق مع المجني عليه أو هدده بالقتل لا يعد اعترافاً بارتكاب جريمة القتل.

---

[246] نقض 1949 أحكام النقض س1 رقم 15 ص24.

- يشـترط أن يصـدر الاعتـراف مـن مـتهم متمتـع بـالإدراك والتمييز كالاعتراف الصـادر من مجنون وكذلك فلا يعول علـى اعتـراف صـدر تحـت تـأثير مسكر أو مخـدر أو تنـويم مغناطيسي أو تأثير نفساني.
- يشترط أن يكون المعترف حراً فـي الاختيـار وقت اعترافـه؛ فلا عبرة باعترافه ولو كان صادقاً إذا جاء نتيجة إكراه مـادي أو أدبي مهما كان قدره.
- الإكراه المادي يتعلق بالضرب والتعذيب المباشر.
- الإكـراه المعنـوي: يتعلـق بالوعـد (الترغيـب) والوعيـد (الترهيب) والتهديد.
- "إن الاعتراف المبني علـى إكراه يكون بـاطلاً بطلانـاً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام مهما كان قدر هذا الإكراه ومن ثم يجب عـدم التعويـل علـى الاعتـراف فـي هـذه الحالـة وإلا كـان باطلاً"[248]
- أن يكون الاعتراف قضائياً وليس خارج مجلس القضاء.

صـفوة القـول: نخلـص مـن هـذه الدراسـة (الإقـرار فـي الشـريعة الإسلامية وشروطه) و(الإقرار في القانون الوضعي وشـروطه) إلـى وجود قدر من الاتفاق بين المنظومتين من حيث الشروط الواجب توافرها لصحة الإقرار أو الاعتراف.

---

[247] نقض 1949/12/20 أحكام نقض س1 رقم 68 ص196.
[248] نقض 1967/5/15 أحكام محكمة النقض س18 رقم 127 ص651.

ونلاحظ أن فقه الجنايات الإسلامي لا يعتد بما يسميه القانون الوضعي قول متهم على متهم. حيث ذكر السرخسي: "لو أقر رجل أنه وآخر قطعا يد رجل عمداً، وأنكر الثاني ذلك، فلا شئ عليه"[249]

كما أن الشريعة الإسلامية تكتفي باعتراف المتهم طالما تحقق القاضي من صحة إجراءات الاعتراف لأن الإقرار المبني على إجراءات باطلة يقع باطلاً.. لكن نلاحظ أن الشريعة الإسلامية لا تأخذ بنظرية (الاعتراف وحده لا يكفي) المعمول بها في الاتحاد السوفيتي (سابقاً) وكذلك في الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا.

وبالنسبة لحجية الإقرار فللقاضي مطلق الحرية في تقدير قيمته الاقتناعية، وأنه على ضوء ما يستخلصه من ظروف الدعوى يحدد موقفه من قبول الإقرار أو رده.

وفي حالة اطمئنان القاضي إلى الإقرار فإن له أن يستند إليه وحده في الحكم على المتهم ولو لم يعزز بدليل آخر وهذا ما يتفق مع نص المادة 271 من قانون الإجراءات الجنائية المصري ومع ما استقر عليه القضاء وهو ما يتفق مع فقه الجنايات الإسلامي.

إن الشريعة الإسلامية لا تأبى أن تستوعب التفصيلات التي ينص عليها القانون الوضعي نظراً لمرونة الفقه الجنائي الإسلامي إذ لا تضع قائمة جامدة تحدد فيها ما يجوز من إجراءات جمع الأدلة وتقديمها وما لا يجوز بل إنها وضعت الأسس العامة وتركت التفاصيل لولاة الأمر بغية تنظيمه بما يحقق التوازن بين حقوق الفرد وحقوق المجتمع.

---

[249] السرخسي: المبسوط - ج18 ص125.

الفصل الثالث

(الشهادة)

الفصل الثالث الشهادة:

ويتكون هذا الفصل من التالي:

(الأول) تعريف الشهادة:
(أ) تعريف الشهادة في اللغة العربية. (ب) تعريف الشهادة في اصطلاح الفقهاء.
(ج) مستند مشروعية الشهادة.
(الثاني) شروط الشهادة ويتكون من الشروط التالية:
(1): الإسلام.
(2): هل يشترط أن يكون الشاهد رجلاً؟
(3): أن تكون الشهادة مفسرة، مصرحة بالغرض.
هناك بعض المسائل المتعلقة بالشهادة وهي كالآتي:
(أ): الشهادة على الشهادة.
(ب): قضاء القاضي بعلمه الشخصي.

الفصل الثالث

(الشهادة)

(الأول) تعريف الشهادة:

(أ): تعريف الشهادة[250] لغة:

---

[250] ذكر السيوطي فروقاً بين (الشهادة) و (الرواية): " (ما افترق فيه الشهادة والرواية): "افترقا في أحكام: الأول العدد: يشترط في الشهادة دون الرواية. الثاني الذكورة: لا تشترط في الرواية مطلقا بخلاف الشهادة في بعض المواضع. الثالث الحرية: تشترط في الشهادة مطلقا دون الرواية. الرابع: تقبل شهادة المبتدع إلا الخطابية ولو كان داعية ولا تقبل رواية الداعية. الخامس: تقبل شهادة التائب من الكذب دون روايته. السادس: من كذب في حديث واحد رد جميع حديثه السابق بخلاف من يتبين شهادته للزور في مرة لا ينقض ما شهد به قبل ذلك. السابع: لا تقبل شهادة من جرت شهادته إلى نفسه نفعا أو دفعت عنه ضررا وتقبل من روى ذلك. الثامن: لا تقبل الشهادة لأصل وفرع ورقيق بخلاف الرواية. التاسع والعاشر والحادي عشر: الشهادة إنما تصح بدعوى سابقة وطلب لها وعند حاكم بخلاف الرواية في الكل. الثاني عشر: للعالم الحكم بعلمه في التعديل والتجريح قطعا مطلقا في الرواية بخلاف الشهادة فإن فيها ثلاثة أقوال أصحها التفصيل بين حدود الله تعالى وغيرها. الثالث عشر: يثبت الجرح والتعديل في الرواية بواحد دون الشهادة على الأصح. الرابع عشر: الأصح في الرواية قبول الجرح والتعديل غير مفسر من العالم ولا يقبل الجرح في الشهادة منه إلا مفسراً. الخامس عشر: يجوز أخذ الأجرة على الرواية بخلاف الشهادة إلا إذا احتاج إلى مركوب. السادس عشر: الحكم بالشهادة تعديل قال الغزالي بل أقوى منه بالقول بخلاف عمل العالم أو فتياه بموافقة المروي على الأصح لاحتمال أن يكون ذلك الدليل آخر. السابع عشر: لا تقبل الشهادة على الشهادة إلا عند تعسر الأصل بموت أو غيبة أو نحوهما بخلاف الرواية. الثامن عشر: إذا روى شيئا ثم رجع عنه سقط ولا يعمل به بخلاف الرجوع عن الشهادة قبل الحكم. التاسع عشر: لو شهدا بموجب قتل ثم رجعا

قال القونوي: "والشهادة في اللغة الإخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان بحق على آخر فعلى هذا قالوا إنها مشتقة من المشاهدة التي تنبيء عن المعاينة وقيل هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور لأن الشاهد يحضر مجلس القضاء للأداء فسمي الحاضر شاهدا وأداؤه شهادة"[251]

وقالا تعمدنا لزمهما القصاص ولو أشكلت حادثة على حاكم فتوقف فروى شخص خبرا عن النبي صلى الله عليه وسلم فيها وقتل الحاكم به رجلا ثم رجع الراوي وقال كذبت وتعمدت ففي فتاوى البغوى ينبغي أن يجب القصاص كالشاهد إذا رجع قال الرافعي والذي ذكره القفال والإمام أنه لا قصاص بخلاف الشهادة فإنها تتعلق بالحادثة والخبر لا يختص بها. العشرون: إذا شهد دون أربعة بالزنا حدوا للقذف في الأظهر ولا تقبل شهادتهم قبل التوبة وفي قبل روايتهم وجهان المشهور منها القبول ذكره الماوردي في الحاوي ونقله عنه ابن الرفعة في الكفاية والأسنوي في الألغاز" السيوطي: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ـ تحقيق محمد حسن محمد ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ ط1 ـ 1419هـ ج2 ص512 ، ص51.

أقول: وممن الذكر الفرق بين الشهادة والرواية أيضاً شمس الدين محمد الرملي في فتاويه: "بأن الإسلام معتبر في التواتر بالنسبة للشهادة وليس معتبراً بالنسبة للرواية والفرق بينهما أن باب الرواية أوسع وباب الشهادة أضيق. ومن الدليل على اتساع باب الرواية أن الإمام أبا حنيفة وابن فورك وسليمان الرازي قبلوا رواية مستور العدالة وأن بعضهم قبل رواية الصبي المميز إذا علم منه التحرز عن الكذب ولأنها الاخبار عن شئ عام للناس فليس فيه تهمة ولا عداوة ولا ضرر ولا حد ولا ترافع فيه إلى الحكام. ومن الدليل على ضيق باب الشهادة أن الأصل فيها اعتماد اليقين وإنما يعدل عنه عدم الوصول إليه إلى ظن قريب منه حسب الطاقة لأنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الشهادة فقال ترى الشهادة؟ قال نعم فقال على مثلها فاشهد أو دع" الرملي: فتاوى الرملي ـ مطبوع بهامش كتاب الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ـ دار الفكر ـ ج4 ص160.

[251] القونوي: قاسم بن عبد الله بن أمير علي: أنيس الفقهاء/تحقيق د. أحمد عبد الرزاق الكبيسي ـ دار الوفاء ـ جدة ـ ط 1 ـ 1406هـ ص235.

وفي مختار الصحاح: "الشَّـهادةُ خبر قـاطع تقول شَـهِدَ علـى كذا من باب سلم وربما قالوا شَهْدَ الرجل بسكون الهاء تخفيفا وقولهم أشـهد بكذا أي أحلف و المُشاهَدةُ المعاينة و شَهِدَهُ بالكسر شُهودا أي حضره فهو شَاهِدٌ وقوم شُهُودٌ أي حضور وهو في الأصل مصدر و شُهَّدٌ أيضا مثل راكع ورُكَّعٌ و شَهِد له بكذا أي أدى ما عنده من الشهادة فهو شَاهِدٌ والجمع شَهْدٌ مثل صاحب وصحْب وسافر وسفْر وبعضهم ينكره وجمع الشهد شُهودٌ و أشْهادٌ و الشَّهيدُ الشاهد والجمع الشُّهَدَاءُ و أشْهَدَهُ على كذا فشَهِدَ عليه و اسْتشهَدَهُ سأله أن يشهد و الشَّهِيدُ القتيل في سبيل الله تعالى وقد اسْتُشْهِدَ فلان على ما لم يسم فاعله والاسم الشَّهادةُ"[252]

وفي التعريفات: " الشاهد في اللغة عبارة عن الحاضر وفي اصطلاح القوم عبارة عما كان حاضرا في قلب الإنسان وغلب عليه ذكره فإن كان الغالب عليه العلم فهو شاهد العلم وإن كان الغالب عليه الحق فهو شاهد الحق"[253]

وفي طلبة الطلبة: "قال في مجمل اللغة: الشهادة: الإخبار بما قد شوهد: أي مشاهدة عيان، أو مشاهدة إيقان"[254]

وقال البسطامي: "الشهادة في اللغة: هي الإخبار بصحة الشيئ عن مشاهدة وعيان وهي مأخوذة من المشاهدة بمعنى المعاينة وإليه

---

[252] الرازي: محمد بن أبي بكر: مختار الصحاح/دار الكتاب العربي/بيروت/1401هـ - ص349.

[253] الجرجاني: التعريفات/تحقيق إبراهيم الإبياري/ دار الكتاب العربي/بيروت/ط1/1405هـ - ص164.

[254] النسفي: نجم الدين عمر بن محمد: طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية - تحقيق محمد حسن محمد - دار الكتب العلمية - بيروت - ط1 - 1418هـ - ص240.

الإشارة النبوية عليه الصلاة والسلام: (إذا رأيت الشمس فاشهد وإلا فدع) أو مأخوذ من الشهود بمعنى الحضور يقال: شهدت مجلس فلان أي حضرت"[255]

و**قال السرخسي**: "اشتقاق الشهادة من المشاهدة وهي المعاينة فمن حيث إن السبب المطلق للأداء المعاينة سمى الأداء شهادة وإليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم في قوله للشاهد إذا رأيت مثل هذا الشمس فاشهد وإلا فدع. وقيل هي مشتقة من معنى الحضور يقول الرجل شهدت مجلس فلان أي حضرت قال الله تعالى (وهم على ما يفعلون بالمؤمنين شهود)"[256]

قال ابن حجر: "وهي مصدر شهد يشهد. قال الجوهري: الشهادة خبر قاطع، والمشاهدة المعاينة، مأخوذة من الشهود أي الحضور، لأن الشاهد مشاهد لما غاب عن غيره، وقيل مأخوذ من الاعلام"[257]

وفي درر الحكام: "فالشهادة لغة عبارة عن الخبر القاطع وهي إما أن تكون مأخوذة من الشهادة التي هي المعاينة وقد أشير إليها في الحديث الشريف (إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع) وعلى هذا المعنى فتسمية الأخبار في حضور القاضي عن صفة وكيفية المدعى به شهادة يكون من قبيل المجاز حيث أطلق اسم السبب على المسبب أو أنها مأخوذة من الشهود ومعنى الشهود الحضور لأن الشاهد يحضر بعد مجلس المحاكمة مجلس القاضي للشهادة فيطلق بطريق

---

[255] النسفي: طلبة الطلبة - ص240.

[256] السرخسي: المبسوط - ج16 ص111.

[257] ابن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري/دار الفكر/بيروت/1414هـ - ج5 ص573.

المجاز عليها شهادة (والغنيمة لمن شهد الواقعة) في الحديث الشريف فعبارة شهد بمعنى حضر"[258]

وقال في المغني:

"واشتقاق الشهادة من المشاهدة لأن الشاهد يخبر عما يشاهده وقيل لأن الشاهد بخبره جعل الحاكم كالمشاهد للمشهود عليه وتسمى بينة لأنها تبين ما التبس وتكشف الحق فيما اختلف فيه"[259]

وفي منتهى الإرادات: " واحدها شهادة مشتقة من المشاهد لإخبار الشاهد عما يشاهده يقال شهد الشيء إذا رآه ومن ثم قيل لمحضر الناس مشهد لأنهم يرون فيه ما يحضرونه وقوله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) أي علمه برؤية هلاله أو إخبار من رآه ونحوه"[260]

وفي الذخيرة: "شهد في لسان العرب له ثلاثة معان شهد بمعنى علم ومنه قوله تعالى (وكنا لحكمهم شاهدين) (والله على كل شيء شهيد) أي عليم وبمعنى أخبر ومنه شهد عند الحاكم أي أخبر وقوله تعالى (قالوا نشهد انك لرسول الله) و (شهد الله أنه لا اله إلا هو) إن فسر بمعنى أخبر وشهد بمعنى حضر ومنه شهدنا صلاة العيد وشهد بدراً وشهود القضاء تجتمع فيهم الثلاثة لأنهم يعلمون ويخبرون عند الحاكم"[261]

---

[258] علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام - تعريب المحامي فهمي الحسيني - دار الجيل - بيروت - ط1- 1411هـ - مج4 ص337.

[259] ابن قدامة: المغني - ج10 ص155.

[260] البهوتي: شرح منتهى الإرادات/عالم الكتب/بيروت/1996 - ط2 - ج 3 ص575.

[261] القرافي: الذخيرة - دار الغرب - بيروت - ج10 ص151.

وقال المطيعي: "قال في الطراز المذهب: أصل الشهادة الحضور من قولهم شهد المكان وشهد الحرب أي حضرها. والمشاهدة المعاينة مع الحضور، والشهادة خبر قطع بما حضر وعاين ثم قد يكون بما علم واستفاض. وقيل: إن الشهادة مأخوذة من العلم من قوله تعالى (شهد الله أنه لا إله إلا هو) قيل: علم وبين كأن الشاهد يبين ما يوجب حكم الحاكم. قال في التنبيهات: الشهادة معناها البيان وبه سمى الشاهد (يعني بينة) أي لأنه يبين الحكم والحق من الباطل، وهو أحد معان. تثنيته شاهدان وإليه أشار بعضهم في معنى قوله (شهد الله أنه لا إله إلا هو) أبي بين، وقيل: هي فيها بمعنى العلم "[262]

(ب): تعريف الشهادة اصطلاحاً:

"وهي في الشريعة عبارة عن إخبار بتصديق مشروطا فيه مجلس القضاء ولفظة الشهادة"[263]

قال في الحدود والأحكام الفقهية: "وفي الشريعة: هي إخبار صادق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء بحق للغير على آخر"[264]

وعرفها ابن العربي: "هي تفيد قول الغير على الغير"[265]

جاء في مجلة الأحكام: "الشهادة هي الإخبار بلفظ الشهادة. يعني يقول أشهد بإثبات حق أحد الذي هو في ذمة الآخر في حضور

---

[262] النووي: المجموع ـ تحقيق وشرح محمد نجيب المطيعي ـ مكتبة الإرشاد ـ جدة ـ السعودية ـ ج23 ـ ص3 ، ص4.

[263] القونوي:: أنيس الفقهاء ـ دار الوفاء ـ جدة ـ ط 1 ـ 1406هـ ص235.

[264] النسفي: طلبة الطلبة- هامش ص240.نقل المحقق تعريف البسطامي للشهادة من كتابه الحدود والأحكام الفقهية.

[265] ابن العربي: أحكام القرآن ـ تحقيق محمد عبد القادر عطا ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ 1416هـ/1996م ـ ج1 ص336.

القاضي ومواجهة الخصمين ويقال للمخبر شاهد ولصاحب الحق مشهود له وللمخبر عليه مشهود عليه وللحق مشهود به"[266]

وعرفته محكمة النقض المصرية: "الشهادة في الأصل هي تقرير الشخص لما يكون قد رآه أو سمعه بنفسه أو ادركه على وجه العموم بحواسه"[267]

وبعد إمعان النظر في هذه التعريفات نستطيع أن نستخلص التعريف الآتي للشهادة: (الشهادة هي إخبار صادق ممن يقبل قوله في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق للغير على الغير).

(ج) مستند مشروعية الشهادة:

يستند الفقهاء في مشروعية الشهادة كدليل اثبات جريمة القتل العمد إلى الأدلة التالية:

أولاً: القرآن الكريم: (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا)[268]

قال ابن العربي: "رتب الله الشهادات بحكمته في الحقوق المالية والبدنية والحدود، فجعلها في كل فن شهيدين، إلا في الزنا فإنه قرن ثبوتها بأربعة شهداء، تأكيداً في الستر"[269]

---

[266] علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام - نص المادة 1684 - مج4 ص345 ، ص346.

[267] المرصفاوي: قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق - ص877.

[268] البقرة: آية 282.

(وَالَّـذِينَ يَرْمُـونَ الْمُحْصَـنَاتِ ثُـمَّ لَـمْ يَـأْتُوا بِأَرْبَعَـةِ شُـهَدَاءَ فَاجْلِـدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ)[270]

(وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِـهِ مَنْ كَـانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً)[271]

ثانيـاً: السـنة: حـديث الأشـعث بـن قـيس: "كَـانَ بَيْنِـى وَبَـيْنَ رَجُـلٍ خُصُومَةٌ فِى شَىْءٍ ، فَاخْتَصَمْنَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - فَقَالَ « شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ » . فَقُلْتُ لَهُ إِنَّهُ إِذًا يَحْلِفُ وَلاَ يُبَالِى . فَقَالَ النَّبِىُّ - صلى الله عليه وسلم - « مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ يَسْتَحِقُّ بِهَا مَالاً وَهْوَ فِيهَا فَاجِرٌ لَقِىَ اللَّهَ وَهْوَ عَلَيْهِ غَضْبَانُ »[272]

" وَكَتَبَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ إِلَى عَدِىِّ بْنِ أَرْطَاةَ - وَكَانَ أَمَّرَهُ عَلَى الْبَصْرَةِ - فِى قَتِيلٍ وُجِدَ عِنْدَ بَيْتٍ مِنْ بُيُوتِ السَّمَّانِينَ إِنْ وَجَدَ أَصْحَابُهُ بَيِّنَةً، وَإِلاَّ فَلاَ تَظْلِمِ النَّاسَ، فَإِنَّ هَذَا لاَ يُقْضَى فِيهِ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ"[273]

حديث: (سئل عن الشهادة فقال للسائل ترى الشمس قال نعم فقال على مثلها فاشهد أو دع)[274]

---

[269] ابن العربي: أحكام القرآن - تحقيق محمد عبد القادر عطا - دار الكتب العلمية - بيروت - 1416هـ/1996م - ج1 ص332.

[270] النور: آية 4.

[271] الطلاق: آية 2.

[272] البخاري: رقم الحديث 2670.

[273] ابن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري - ج14 ص219.

[274] قال الزيلعي: " حديث أنه صلى الله عليه وسلم (سئل عن الشهادة فقال للسائل ترى الشمس قال نعم فقال على مثلها فاشهد أو دع) (ذكره) العقيلي والحاكم وأبو نعيم في الحلية وابن عدي والبيهقي من حديث طاوس عن بن عباس وصححه الحاكم وفي إسناده محمد بن سليمان بن مشمول وهو ضعيف وقال البيهقي لم يرو من وجه يعتمد عليه" الزيلعي: تلخيص الحبير ج4 ص198. أقول: قال الصنعاني: "أخرجه ابن عدي بإسناد ضعيف، وصححه الحاكم فأخطأ لأن في إسناده محمد بن سليمان بن

ثالثاً: الإجماع:

فقد أجمع السلف والخلف على اعتبار الشهادة من الإثبات من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى وقتنا الحاضر.

رابعاً: المعقول:

"قال الترمذي والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم ولأن الحاجة داعية إلى الشهادة لحصول التجاحد بين الناس فوجب الرجوع إليها قال شريح القضاء جمرٌ فنحه عنك بعودين؛ يعني الشاهدين، وإنما الخصمُ داءٌ، والشهودُ شفاء، فأفرغ الشفاء على الداء"[275]

ولقد شرع الله الشهادة وجعلها طريقاً من الطرق التي يحفظ الناس بها حقوقهم ويعتمد القضاء عليها في إصدار أحكامهم فلقد شرع الشهادة رفقاً بالعباد ودفعاً للحرج عنهم إذ الحاجة ماسة إليها في مختلف المجالات سواء في المسائل المدنية أو المسائل الجنائية لصيانة الحقوق وردها إلى أصحابها.

مشمول ضعفه النسائي، وقال البيهقي: لم يرو من وجه يعتمد عليه" (الصنعاني: سبل السلام شرح بلوغ المرام ـ تحقيق حاز القاضي ـ دار الفكر ـ بيروت ـ 1405هـ ـ مج4 ص1937. وذكر محقق سبل السلام تعليقاً على الحديث المذكور: "إسناده ضعيف رواه ابن عدي، والحاكم بنحوه (98/4، 99)، قال الحاكم هذا حديث صحيح الإسناد وتعقبه الذهبي فقال: واه فعمرو كما قال ابن عدي كان يسرق الحديث ، وابن مشمول ضعفه غير واحد" الصنعاني: سبل السلام ـ ج4 ـ ص1937.

[275] ابن قدامة: المغني ـ ج10 ص154.

(الثاني) شروط الشهادة:

وضع فقهاء الإسلام شروطاً للشهادة التي تكون مقبولة أمام القضاء لإثبات جريمة القتل العمد نختار أهمها على النحو التالي:

(الشرط الأول) الإسلام:

نتكلم في هذا الشرط عن شهادة المسلم، وشهادة لكافر وهل تقبول كدليل في إثبات جريمة القتل العمد. ونتناول أيضاً عدالة الشهود وعن قبول شهادة الفاسق على النحوالتالي:
قال البهوتي" في شروط الشهادة وشروط من تقبل شهادته: الإسلام لقوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) فلا تقبل من كافر ولو على مثله إلا في سفر على وصية مسلم أو كافر فتقبل من رجلين كتابيين عند عدم غيرهما"[276]
قال ابن مفلح: "باب شروط من تقبل شهادته وما يمنع قبولها: المذهب (أي الحنبلي) أنها ستة العقل والحفظ العدالة والإسلام والنطق والبلوغ"[277]

---

[276] البهوتي: الروض المربع - مكتبة الرياض الحديثة - 1390هـ - ج3 ص420، ص421.
[277] ابن مفلح: أبو عبد الله ت 762هـ: الفروع - تحقيق: حازم القاضي - دار الكتب العلمية - بيروت - ط1 - 1418هـ - ج6 ص483

قال ابن قدامة في شروط الشهادة: "الإسلام فلا تقبل شهادة كافر بحال لقوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم)، وقال تعالى (ممن ترضون من الشهداء)، والكافر ليس بعدل، ولا مرضي، ولا هو منا إلا أن شهادة أهل الكتاب تقبل في الوصية في السفر إذا لم يكن غيرهم ويستحلف مع شهادته.. لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم)"[278]

قال في المبدع: "ومتى زالت الموانع منهم فبلغ الصبي وعقل المجنون وأسلم الكافر أو تاب الفاسق قبلت شهادتهم بمجرد"[279]

قال في المحرر في الفقه:"باب شروط من تقبل شهادته: العقل والحفظ والعدالة والإسلام"[280]

وجاء في شرح القدير: قال في شروط الشهادة: "الإسلام، والبلوغ، والعقل، والحرية"[281]

قال الماوردي: "ولا تقبل إلا شهادة من تكاملت فيه خمسة أوصاف البلوغ والعقل والحرية والإسلام والعدالة"[282]

وقال الشيرازي: "ولا تقبل شهادة الكافر لما روى معاذ رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا تجوز شهادة أهل

---

[278] ابن قدامة: الكافي في فقه ابن حنبل ـ المكتب الإسلامي ـ ج4 ص521

[279] ابن مفلح: المبدع: المكتب الإسلامي ـ بيروت ـ 1400هـ ـ ج10ص233.

[280] ابن تيمية: عبد السلام بن أبي القاسم: المحرر في الفقه ج2 ص247.

[281] السيواسي: كمال الدين محمد: ـ شرح فتح القدير دار الفكر ـ بيروت ـ ط2 ـ ج7ص253

[282] الماوردي: الإقناع ـ ج1 ص201.

دين على أهل دين آخر إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم)"[283]

قال الغزالي: " فيما يفيد أهلية الشهادة وقبولها من الأوصاف: وهي ستة ثلاثة منها لا يطول النظر فيها وهي: التكليف، والحرية، والإسلام؛ فلا تقبل شهادة صبي، ولا مجنون، ولا تقبل شهادة كافر؛ لا على كافر، ولا على مسلم"[284]

قال في كفاية الأخيار:"فصل في الشهادة: ولا تقبل الشهادة إلا ممن اجتمعت فيه خمسة أوصاف الإسلام والبلوغ والعقل والحرية والعدالة"[285]

وقال الكاساني: "وأما البلوغ، والحرية، والإسلام، والعدالة"[286]

قال السرخسي في تفسيره لرده شهادة الكافر:"غير أن خبره لا يقبل في أمر الدين لأنه متهم في ذلك فإنه يعتقد السعي في هدمه ولهذا لا يجعل من أهل الشهادة في حق المسلمين لأنه يعتقد عداوة المسلمين، وينعدم فيما بينهم فيكون بعضهم أهلا للشهادة في حق"[287]

---

[283] الشيرازي: المهذب - دار الفكر - بيروت - ج2 ص324

[284] الغزالي: الوسيط - تحقيق أحمد محمود ومحمد تامر - دار السلام - القاهرة - ط1 - 1417هـ - ج7ص347.

[285] الحصيني: تقي الدين أبي بكر: كفاية الأخيار تحقيق علي عبد الحميد ومحمد وهبي سليمان - دار الخير - دمشق - ط1 - 1994م - ج1ص565

[286] الكاساني: بدائع الصنائع - دار الكتاب العربي - بيروت - ط2 - 1982م - ج6 ص266

[287] السرخسي: المبسوط - دار المعرفة - بيروت - ج16 ص113

وجـاء فـي فتـاوى السـغدي:"شـهادة الـذمي لا تجـوز علـى المسـلم. وتجوز شهادة الذمي على الذمي سواء كانت لمسلم أو لذمي"[288]

وقـال فـي شـهادة الكـافر: "وشـهادة أهل الكفر بعضـهم علـى بعض جائزة وإن اختلفت مللهم فى قول أبي حنيفة وصاحبيه وأبـي عبد الله وفـى قـول ابـن أبـي ليلـى والأوزاعـي: تجـوز فـى الملـة الواحـدة ولا تجـوز فـي الملتـين المختلفتـين، وفـى قـول مالـك والشـافعي لا تجـوز شهادتهم"[289]

وجـاء فـي المدونـة الكبـرى:"فـي شـهادة الكـافر للمسلم: قلـت أرأيت الرجل إذا هلـك فـي السفر ولـيس معـه أحد من أهل الإسلام، أتجـوز شهادة أهل الكفر الذين معه أن أوصى بوصية؟ قـال: لـم يكـن مالـك يجيز شهادة أحد من أهل الكفر لا في سفر، ولا فـي حضـر، ولا أرى أن تجوز شهادتهم. قال ابن وهب وأخبرنـي يونس بـن يزيـد عـن بـن شـهاب قـال: لا تجـوز شـهادة اليهـودي، ولا النصـراني فيمـا بـين المسلمين حتى يسلموا"[290]

قال في السيل الجرار:

"قوله وكافر تصريحا: أقول هذا مجمع عليه كما نقلـه المحققون من أهل المذاهب المختلفة ولم ينقل فيه خلاف ومن زعم أن فـي المسـألة خلافا فقد أخطـأ والوجـه فـي هـذا مـا صـرح بـه القـرآن الكـريم مـن

---

[288] السغدي: أبو الحسن علي بن الحسين: فتاوى السغدي - تحقيق د. صلاح الدين الناهي - دار الفرقان عمان - بيروت - ط2 - 1404هـ - ج2 ص797

[289] السغدي: فتاوى السغدي ج2 ص797

[290] مالك بن أنس: المدونة الكبرى - دار صادر - بيروت - ج13 ص156.

اشـتراط أن يكـون الشـهود عـدولا مرضـيين والكـافر لـيس بعـدل ولا مرضي فهو مسلوب الأهلية ومظنة للتهمة"[291]

أقول: بالنسبة لنظم الإجرائية الوضعية الحديثة فإنها لم تشترط ديانـة الشـاهد فطبقـاً لـنص المـادة 113 مـن قـانون الإجـراءات الجنـائي المصري: "يطلب القاضي من كل شاهد أن يبين اسمه ولقبه وسنه، وصـناعته وسـكنه وعلاقتـه بـالمتهم، وتـدون هـذه البيانـات وشـهادة الشـهود بغير كشط أو تحشير. ولا يعتمد أي تصـحيح أو شـطب أو تخريج إلا إذا صدق عليه القاضـي والكاتب والشـاهد"[292] فلم تنص هذه المادة أو أي مادة من قانون الإجراءات الجنائيـة المصـري علـى ديانة الشاهد ولم تهتم بهذا الموضـوع أصـلاً ويرجـع السبب فـي ذلك أن معظم الـدول الحديثـة تعتمد علـى فكرة المواطنـة فيكفـي أن يكـون الشاهد مواطناً ولا يهم ما يعتقده.

الرأي المختار:

الرأي الـذي نميـل إليـه أن شـهادة الكـافر علـى المسلم غيـر مقبولـة إلا في الوصية في السفر إذا لـم يكـن غيرهم لقولـه تعـالى:(يَـا أَيُّهَـا الَّـذِينَ آمَنُـوا شَـهَادَةُ بَيْـنِكُمْ إِذَا حَضَـرَ أَحَـدَكُمُ الْمَـوْتُ حِينَ الْـوَصِـيَّةِ اثْنَـانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ)[293]

---

[291] الشوكاني: السيل الجرار - تحقيق محمود إبراهيم زايد - دار الكتب العلمية - بيروت - ط1 - 1405هـ - ج4 .ص195

[292] قانون الإجراءات الجنائية المصري ص59، ص60 نص المادة 113.

[293] المائدة: الآية 106.

كما أن التعليل الذي ذكره السرخسي في عدم قبول شهادة غير المسلم على المسلم تعليل صحيح وعادل لأن العداوة في الدين أقل ما يقال فيها أنها مظنة التهمة والشهادة لا بد أن تكون واضحة وضوح الشمس في رائعة النهار كما تقول العرب.

كما أن الكفار تجوز شهادة بعضهم على بعض، كما قال السغدي (وتجوز شهادة الذمي على الذمي سواء كانت لمسلم أو لذمي) (وشهادة أهل الكفر بعضهم على بعض جائزة وإن اختلفت مللهم) كما أن غير المسلم له ولاية على أولاده وأمواله في دولة الإسلام فشهادته عليهم أولى.

عدالة الشهود:

- **تعريف العدالة لغة واصطلاحاً:**

قال الرازي: "العَدْلُ ضد الجور يقال عَدَلَ عليه في القضية من باب ضرب فهو عادِلٌ وبسط الوالي عَدْلَهُ و مَعْدَِلَتَهُ بكسر الدال وفتحها وفلان من أهل المَعْدَلةِ بفتح الدال أي من أهل العدل ورجل عَدْلٌ أي رضا ومقنع في الشهادة وهو في الأصل مصدر وقوم عَدْلٌ و عُدُولٌ أيضا وهو جمع عدل وقد عَدُلَ الرجل من باب ظرف قال الأخفش العِدْلُ بالكسر المثل و العَدْلُ بالفتح أصله مصدر قولك عَدَلْتُ بهذا عَدْلاً حسنا تجعله اسما للمثل لتفرق بينه وبين عِدْلِ المتاع وقال الفراء العَدْلُ بالفتح ما عدل الشيء من غير جنسه و العِدْلُ بالكسر المثل تقول عندي عِدْلُ غلامك وعِدْلُ شاتك إذا كان غلاما يعدل

غلاما أو شاة تعدل شاة فإن أردت قيمته من غير جنسه فتحت العين وربما كسرا بعض العرب وكأنه غلط منهم قال وأجمعوا على واحد الأَعْدَالِ أنه عِدْلٌ بالكسر و العَدِيلُ الذي يعادلك في الفوز والقدر، وعَدَلَ عن الطريق جار وبابه جلس وانْعَدَلَ عنه مثله وعَادَلْتُ بين الشيئين وعَدَلْتُ فلانا بفلان إذا سويت بينهما وبابه ضرب وتَعْدِيلُ الشيء تقويمه يقال عَدَّلَهُ تَعْدِيلاً فاعْتَدَلَ أي قوَّمه فاستقام، وكل مثقف مُعَدَّلٌ وتَعْدِيلُ الشهود أن تقول إنهم عدول، ولا يقبل منها صرف ولا عَدْلٌ؛ فالصرف التوبة، والعدل الفدية، ومنه قوله تعالى (وإن تعدل كل عدل لا يؤخذ منها)[294] أي وإن تفد كل فداء وقوله تعالى (أو عدل ذلك صياما)[295] أي فداء ذلك و العَادِلُ المشرك الذي يعدل بربه ومنه قول تلك المرأة للحجاج: إنك لقاسط عادل"[296]

قال الجرجاني: "العدالة في اللغة الاستقامة وفي الشريعة عبارة عن الاستقامة على طريق الحق بالاجتناب عما هو محظور دينا"[297]

قال في جواهر الكلام "وقيل العدالة عبارة عن ملكة نفسانية تبعث على ملازمة التقوى والمروءة، والمراد بملازمة التقوى اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر، بل هو من جملة الكبائر"[298]

---

[294] الأنعام: آية 70.

[295] المائدة: آية 95.

[296] الرازي: مختار الصحاح ـ ص161.

[297] الجرجاني علي بن محمد: التعريفات تحقيق إبراهيم الإبياري/دار الكتاب العربي ـ بيروت ـ ط1 ـ 1405هـ ـ ص191

[298] النجفي: محمد حسن: جواهر الكلام/تحقيق محمود القوحاني/دار الكتب الإسلامية/طهران/ج13 ص280.

قال النجفي: "إن العدل من كان عدلاً في دينه، عدلاً في مروءته، عدلاً في أحكامه، فالعدل في الدين أن لا يخل بواجب ولا يرتكب قبيحاً، وقيل أن لا يعرف بشئ من أسباب الفسق"[299] "والعدل في الأحكام أن يكون بالغاً عاقلاً"[300]

قال الطوسي: "العدل الذي يجوز قبول شهادته للمسلمين وعليهم، هو أن يكون ظاهره ظاهر الإيمان، ثم يعرف بالستر والصلاح والعفاف والكف عن البطن والفرج واليد واللسان، ويعرف باجتناب الكبائر التي أوعد الله تعالى عليها النار: من شرب الخمر والزنا والربا وعقوق الوالدين والفرار من الزحف وغير ذلك، الساتر لجميع عيوبه، ويكون متعاهداً للصلوات الخمس مواظباً عليهن، حافظاً لمواقيتهن، متوفراً على حضور جماعة المسلمين، غير متخلف عنهم إلا لمرض أو علة أو عذر"[301]

"ولا يجوز قبول شهادة الظنين والمتهم والخصم والخائن والأجير. ولا تقبل شهادة الفساق إلا على أنفسهم. ولا تقبل شهادة ماجن ولا فحاش. وترد شهادة اللاعب بالنرد والشطرنج وغيرهما من أنواع القمار"[302]

قال الحلي في صفات الشهود: "العدالة إذ لا طمأنينة مع التظاهر بالفسق، ولا ريب في زوالها بموافقة الكبائر، كالقتل والزنا واللواط وغصب الأموال المعصومة"[303]

---

[299] النجفي: السابق ج13 ص280.
[300] النجفي: السابق ج13 ص280.
[301] الطوسي: النهاية في مجرد الفقه والفتاوى/دار الكتاب العربي/بيروت ص325.
[302] الطوسي: النهاية ـ ص325.
[303] الحلي: شرائع الإسلام ـ مؤسسة الوفاء/بيروت/ط3 /1403هـ ص907.

وقد وردت عدة روايات في فقه الإمامية تؤكد على عدم قبول شهادة من كان ظاهره الفسق منها:

(أ) في صحيحة حريز: "عن أبي عبد الله عليه السلام: في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا فعدل منهم اثنان، ولم يعدل الآخران، فقال: إذا كانوا أربعة من المسلمين ليس يعرفون بشهادة الزور أجيزت شهادتهم جميعاً، وأقيم الحد على الذي شهدوا عليه، إنما عليهم أن يشهدوا ما أبصروا وعلموا، وعلى الوالي أن يجيز شهادتهم إلا أن يكونوا معروفين بالفسق"[304]

(ب) وما رواه الصدوق في المجالس عن صالح بن عقبة عن علقمة عن أبيه: "قال الصادق جعفر بن محمد (عليهما السلام) وقد قتل له: يا ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبرني عمن تقبل شهادته ومن لم تقبل شهادته، فقال: يا علقمة كل من كان على فطرة الإسلام جازت شهادته، قال: فقلت له: تقبل شهادة مقترف الذنوب. فقال: يا علقمة لو لم تقبل شهادة المقترف بالذنوب لما قبلت إلا شهادة الأنبياء والأوصياء عليهم الصلاة والسلام، لأنهم هم المعصومون دون سائر الخلق، فلم تره بعينك يرتكب ذنباً أو لم يشهد عليه الشاهدان فهو من أهل العدالة والستر، وشهادته مقبولة وإن كان في نفسه مذنباً"[305]

(ج) وفي مرسلة يونس عن أبي عبد الله عليه السلام: قال: خمسة أشياء يجب على الناس الأخذ بها بظاهر الحكم: الولايات والمناكح

---

[304] النجفي: حواهر الكلام/ج13 ص281.

[305] النجفي: جواهر الكلام/ج13 ص281، ص282.

والمواريث والذبائح والشهادات، فإذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه"[306]

(د) وعن الهداية: "روى أن النبي صلى الله عليه وآله كان إذا تخاصم إليه رجلان-إلى أن قال-: وإذا جاءوا بشهود لا يعرفهم بخير ولا شر بعث رجلين من خيار أصحابه يسأل كل منهما من حيث لا يشعر الآخر عن حال الشهود في قبائلهم ومحلاتهم، فإن أثنوا عليهم قضى حينئذ على مدعى عليه، وإن رجعا بخبر شين وثناء قبيح لم يفضحهم ولكن يدعو خصمين إلى الصلح، وإن لم يعرف لهم قبيلة سأل عنهما الخصم، فإن قال: ما علمت منهما إلا خيراً أنفذ شهادتهما"[307]

(هـ) وعن عبد الله بن أبي يعفور: "قلت لأبي عبد الله عليه السلام: بم نعرف عدالة الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته لهم وعليهم؟ فقال: أن تعرفوه بالستر والعفاف وكف البطن والفرج واليد واللسان، وتعرف باجتناب الكبائر التي أوعد الله عليها النار من شرب الخمر والزنا والربا، وعقوق الوالدين والفرار من الزحف وغير ذلك، والدلالة على ذلك كله أن يكون ساتراً لجميع عيوبه حتى يحرم على المسلمين تفتيش ما وراء ذلك من عثراته وعيوبه، ويجب عليهم تزكيته وإظهار عدالته بين الناس، ويكون منه التعاهد للصلوات الخمس إذا واظب عليهن، وحفظ مواقيتهن بحضور جماعة المسلمين وأن لا يتخلف عن جماعتهم في مصلاهم إلا من علة به، فإذا كان كذلك لازماً لمصلاه عن حضور الصلوات الخمس، فإذا سئل عنه

---

[306] النجفي: جواهر الكلام/ج13 ص282.

[307] النجفي: جواهر الكلام/ج13 ص292.

في قبيلته ومحلته قالوا: ما رأينا منه إلا خيراً مواظباً على الصلوات متعاهداً لأوقاتها في مصلاه فإن ذلك يجيز شهادته وعدالته بين المسلمين"[308]

وفي فقه المالكية جاء في مختصر خليل: "باب في أحكام الشهادة العدل حر مسلم عاقل بالغ بلا فسق"[309]

قال ابن الحاجب: "قول ابن الحاجب في الفقه العدالة المحافظة الدينية على اجتناب الكذب والكبائر وتوقي الصغائر وأداء الأمانة وحسن المعاملة ليس معها بدعة أو أكثرها"[310]

قال ابن محرز:"وقال ابن محرز في تبصرته قال أبو بكر الأبهري في صفة من تقبل شهادته هو المجتنب الكبائر المتوقي لأكثر الصغائر إذا كان ذا مروءة وتمييز متيقظا متوسط الحال بين البغض والمحبة قلت وقد أتت هذه الصفة على جميع ما ينبغي للشاهد العدل انتهى"[311]

قال في جواهر العقود:"ولا تقبل الشهادة إلا من عدل لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) فدل على أنه إذا جاء من ليس بفاسق لا يتبين ولقوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) فدل على أن شهادة من ليس بعدل لا تقبل. والعدل في اللغة هو الذي استوت أحواله واعتدلت يقال فلان عديل فلان إذا كان مساويا له"[312]

---

[308] النجفي: جواهر الكلام/ج13 ص292.

[309] خليل: مختصر خليل - ص262.

[310] الحطاب: مواهب الجليل ج6ص151

[311] مواهب الجليل: ج6 ص 151.

[312] الأسيوطي: شمس الدين: جواهر العقود - دار الكتب العلمية - بيروت - ج2 ص348.

"وأما العدل في الشرع فهو العدل في أحكامه ودينه ومروءته فالعدل في الأحكام أن يكون بالغا عاقلا حرا والعدل في الدين أن يكون مسلما مجتنبا للكبائر غير مصر على الصغائر والعدل في المروءة أن يجتنب الأمور الدنية التي تسقط المروءة وحاصله أنه لا تقبل شهادة صاحب كبيرة ولا مصر على صغيرة لأن المتصف بذلك فاسق وإنما قلنا إنه فاسق لأن الفسق لغة الخروج لهذا يقال فسقت الرطبة إذا خرجت من قشرها والفسق في الشرع الميل عن الطريقة"[313] "وحد الكبيرة ارتكاب ما يوجب الحد ذكره البغوي وقيل ما يلحق صاحبها وعيد شديد بنص كتاب أو سنة قاله الرافعي وقال الماوردي الكبيرة ما أوجبت الحد أو توجه بسببها إلى الفاعل وعيد والصغيرة ما قل فيها الإثم"[314]

"ومن شروط العدالة أن يكون العدل سليم السريرة مأمونا عند الغضب محافظا على مروءة مثله فلا تقبل شهادة القمام وهو الذي يجمع القمامة أي الكناسة ويحملها وكذا القيم في الحمامات ومن يلعب بالحمام أي يطيرها لينظر تقلبها في الجو وكذا المغني سواء أتاهم أو أتوه وكذا الرقاص كالصوفية الذين يسعون إلى ولائم الظلمة والمكاسين ويظهرون التواجد عند رقصهم وتحريك رؤوسهم وتلويح لحاهم الخسيسة كصنع المجانين وإذا قرىء القرآن لا ينصتون وإذا تغنى مزمار الشيطان صاح بعضهم ببعض"[315]

---

[313] الأسيوطي: جواهر العقود -- ج2 ص348 ص 349.
[314] الأسيوطي: السابق - ج2 ص349.
[315] الأسيوطي: السابق - ج2 ص349.

"وكذا لا تقبل شهادة من يأكل في الأسواق ومثله لا يعتاده بخلاف من يأكل قليلا على باب دكانه ممن عادتهم الغداء في الأسواق كالصباغين والسماسرة وغيرهم ممن هو في معناه وكذا لا تقبل شهادة من يمد رجله عند الناس بغير مرض ولا من يلعب بالشطرنج على قارعة الطريق ولا من يكشف من بدنه ما لا يعتاد وإن لم يكن عورة ولا من يكثر من الحكايات المضحكة أو يذكر أهله أو زوجته بالسخف و مدار ذلك كله على حفظ المروءة لأن حفظها من الحياء ووفور العقل وحد المروءة أن يصون نفسه عن الأدناس وما يشينها بين الناس وقيل أن يسير سير أشكاله في زمانه ومكانه والتوبة فيما بين العبد وبين الله تعالى وهي تسقط الإثم"[316]

قال في المجموع: "العدل بمعنى المصدر ما قام في النفوس أنه مستقيم وهو ضد الجور، وعدل الحاكم في الحكم: يعدل عدلاً وهو عادل من قوم عدول. وفي أسماء الله تعالى (العدل) هو الذي لا يميل به الهوى فيجور في الحكم وهو في الأصل مصدر سمي به فوضع موضع العادل، وهو أبلغ منه لأنه جعل المسمى نفسه عدلاً. والعدل من الناس المرضي في حكمه وقوله. وقول الباهلي: رجل عادل وعدل جائز الشهادة، ورجل عدل رضا ومقنع في الشهادة، قال ابن بري ومنه قول كثير:

وبايعت ليلى في الخلاء ولم يكن *** شهود على ليلى عدول مقانع

ورجل عدل وصف بالمصدر ذو عدل"[317]

---

[316] الأسيوطي: جواهر العقود ـ ج2 ص349.

[317] المطيعي: المجموع شرح المهذب للشيرازي ـ مكتبة الإرشاد ـ جدة ـ السعودية ـ ج23 ص18 ، ص19.

"وكتب عبد الملك إلى سعيد بن جبير يسأله عن العدل. فأجابه أن العدل على أربعة أنحاء: العدل في الحكم: قال تعالى: (وإن حكمت فاحكم بينهم بالعدل). والعدل في القول: قال تعالى (وإذا قلتم فاعدلوا). والعدل الفدية: قال تعالى (ولا يقبل منها عدل). والعدل في الإشراك: قال تعالى (ثم الذين كفروا بربهم يعدلون)"[318]

- **العدل في الشرع:**

"والعدل في الشرع على ضوء ما مضى من اللغات فإنه المرضي في أحكامه ودينه ومروءته، فالعدل في الأحكام أن يكون بالغاً عاقلاً حراً، والعدل في الدين أن يكون مسلماً مجتنباً للكبائر غير مصر على الصغائر، والعدل في المروءة أن يجتنب الأمور الدنية التي تسقط مروءته"[319]

قال السرخسي:"والعدالة هي الاستقامة وليس لكمالها نهاية فإنما يعتبر منه القدر الممكن وهو انزجاره عما يعتقده حراما في دينه"[320]

قال ابن رشد:

"أما العدالة فإن المسلمين اتفقوا على اشتراطها في قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى (ممن ترضون من الشهداء)، ولقوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم). واختلفوا فيما هي العدالة فقال الجمهور هي صفة زائدة على الإسلام هو أن يكون ملتزما لواجبات الشرع

---

318 المطيعي: المجموع - ج23 ص19.

319 المطيعي: السابق - ج23 ص20.

320 السرخسي: المبسوط - ج16 ص113.

ومستحباته مجتنبا للمحرمات والمكروهات وقال أبو حنيفة يكفي في العدالة ظاهر الإسلام وأن لا تعلم منه جرحة. وسبب الخلاف كما قلنا ترددهم في مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق وذلك أنهم اتفقوا على أن شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ) الآية. ولم يختلفوا أن الفاسق تقبل شهادته إذا عرفت توبته إلا من كان فسقه من قبل القذف فإن أبا حنيفة يقول لا تقبل شهادته وإن تاب والجمهور يقولون تقبل. وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك) إلى أقرب مذكور إليه أو على الجملة إلا ما خصصه الإجماع وهو أن التوبة لا تسقط عنه الحد"[321]

وفي حاشية ابن عابدين:"العدل من يجتنب الكبائر كلها، حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته، وفي الصغائر العبرة للغلبة والدوام على الصغيرة لتصير كبيرة"[322]

قال الكمال بن الهمام: "ألا يأتي بكبيرة ولا يصر على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه، وصوابه أكثر من خطئه، ومروءته ظاهرة، ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءة"[323]

- **في حد الكبيرة:**

قال العيني: "اختلفوا في الكبيرة، فقال أهل الحجاز والحديث: هي السبع المذكورة في الحديث المشهور ، وهي: الإشراك بالله، والفرار

---

[321] ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد ـ تحقيق رضوان جامع رضوان ـ مكتبة الإيمان ـ القاهرة ـ ط1 ـ 1417هـ ـ ج2 ص558 ، ص559.

[322] ابن عابدين: محمد علاء الدين أفندي: حاشية قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار ـ شركة مصطفى الحلبي ـ القاهرة ـ ط3 ـ 1404هـ ج7 ص 117.

[323] ابن عابدين: حاشية ابن عابدين ـ ج7 ص117.

من الزحف، وعقوق الوالدين، وقتل النفس، وبهت المؤمن، والزنا، وشرب الخمر. وزاد بعضهم عليها أكل الربا، وأكل أموال اليتامى بغير حق. وقيل ما ثبت حرمته بدليل مقطوع به فهو كبيرة، وقيل ما فيه حد أو قتل فهو كبيرة، وقيل ما أصر عليه المرء فهو كبيرة، وما استغفر عنه فهو صغيرة. والأوجه ما ذكره المتكلمون أن كل ذنب فوقه ذنب وتحته ذنب، فبالنسبة إلى ما فوقه فهو صغيرة، وإلى ما تحته فهو كبيرة. والأصح ما نقل شمس الأئمة الحلواني أنه قال: كل ما كان شنيعاً بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو من جملة الكبائر"[324]

هل الذنوب كلها كبائر؟ وهل أي كبيرة قادحة في العدالة؟

أجاب النجفي في جواهره: "على أنه يمكن أن يقال كون الذنوب كلها كبائر لا يقضي بأنها قادحة في العدالة، إذ لا دليل على ذلك، بل القادح فيها الأكبر من المعاصي، وأما غير الأكبر فلا يقدح إلا مع الإصرار، لأن العدالة المستفادة من الأخبار هي كون الرجل معروفاً بالستر والعفاف مجتنباً للمعاصي العظيمة حسن الظاهر إذا سئل في محلته قيل لا نعلم منه إلا خيراً، وهذا لا يقدح في وقوع بعض الذنوب التي ليست بتلك المكانة إلا مع الإصرار عليها"[325]

قال ابن قدامة: في شرحه لشروط الشهادة: "الشرط الرابع: العدالة: لقوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) ولا تقبل شهادة الفاسق لذلك ولقوله تعالى (إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) فأمر بالتوقف عن نبأ الفاسق والشهادة نبأ فيجب التوقف عنه وقد روي عن النبي صلى الله

---

[324] ابن عابدين: حاشية ابن عابدين ج7 ص 118.

[325] النجفي: جواهر الكلام/ج13 ص307.

عليه وسلم: (لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا محدود في الإسلام ولا ذي غمر على أخيه) رواه أبو عبيد وكان أبو عبيد لا يراه خص بالخائن والخائنة أمانات الناس بل جميع ما افترض الله تعالى على العباد القيام به أو اجتنابه من صغير ذلك وكبيره قال الله تعالى (إنا عرضنا الأمانة على السماوات والأرض والجبال)[326] الآية"[327]

رأي ابن حزم:" لا يجوز أن يقبل في شيء من الشهادات من الرجال والنساء إلا عدل رضي. والعدل: هو من لم تعرف له كبيرة ولا مجاهرة بصغيرة. والكبيرة: هي ما سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم كبيرة أو ما جاء فيه الوعيد. والصغيرة ما لم يأت فيه وعيد. برهان ذلك قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين)[328] وليس إلا فاسق أو غير فاسق فالفاسق: هو الذي يكون منه الفسق، والكبائر كلها فسوق فسقط قبول خبر الفاسق فلم يبق إلا العدل وهو من ليس بفاسق"[329]

"وأما الصغائر فإن الله عز وجل قال (إن تجتنبوا كبائر ما تنهون عنه نكفر عنكم سيئاتكم)[330] فصح أن ما دون الكبائر مكفرة باجتناب الكبائر، وما كفره الله تعالى وأسقطه فلا يحل لأحد أن يذم به صاحبه، ولا أن يصفه به، وكذلك من تاب من الكفر فما دونه فإنه إذا

---

[326] الأحواب: آية 72.
[327] ابن قدامة: المغني - ج12 ص28 ، ص 29.
[328] الحجرات آية 6.
[329] ابن حزم: المحلى - ج8 ص 472.
[330] النساء آية 31.

سقط عنه بالتوبة ما تاب عنه لم يجز لأحد أن يذمه بما سقط عنه، ولا أن يصفه به"[331]

ورد ابن حزم على الشافعي في تعريفه العدل:

"وقال الشافعي: إذا كان الأغلب والأظهر من أمره الطاعة والمروءة قبلت شهادته وإذا كان الأغلب من أمره المعصية وخلاف المروءة ردت شهادته. قال أبو محمد كان يجب أن يكتفي بذكر الطاعة والمعصية؛ وأما ذكره المروءة ههنا ففضول من القول، وفساد في القضية لأنها إن كانت من الطاعة فالطاعة تغني عنها، وإن كانت ليست من الطاعة فلا يجوز اشتراطها في أمور الديانة، إذ لم يأت بذلك نص قرآن ولا سنة"[332]

أقول: هذا الرأي لابن حزم يتفق مع رأي النجفي إذ أنه يرى لا تلازم بين العدالة والمروءة حيث ذكر أن الفقيه أحياناً يفعل أشياء قد تكون مخالفة لعادة الناس وليس للشرع: "بل روي أنه (صلى الله عليه وسلم) كان يركب الحمار العاري، ويردف خلفه، وأنه كان يأكل ماشياً إلى الصلاة بمجمع من الناس في المسجد، وأنه كان يحلب الشاة ونحو ذلك، مع ما ورد عن أمير المؤمنين (عليه السلام) في الزهد ما لوقع في مثل هذا الزمان لكان أعظم مناف للمروءة بالمعنى الذي ذكروه"[333] ومصداق ذلك ما ذكره القرآن الكريم على لسان كفار قريش: (وَقَالُوا مَالِ هَذَا الرَّسُولِ يَأْكُلُ الطَّعَامَ وَيَمْشِي فِي

---

[331] ابن حزم: المحلى - ج8 - ص472.

[332] ابن حزم: المحلى - ج8 ص 475 ، ص 476.

[333] النجفي: جواهر الكلام/ج13 ص303.

الْأَسْوَاقِ لَوْلا أُنْزِلَ إِلَيْهِ مَلَكٌ فَيَكُونَ مَعَهُ نَذِيراً)[334]
واختار ابن حزم تعريف مالك للعدالة: "وقال مالك في رواية محمد بن عبد الحكم عنه من كان أكثر أمره الطاعة ولم يقدم على كبيرة فهو عدل وهو قول أبي سليمان وأصحابنا هو الحق "[335] **وقال علي منصور في نظام التجريم والعقاب**: "تثبت جريمة القتل العمد الموجبة للقصاص بالإقرار أمام السلطة القضائية، أو بشهادة رجلين عدلين، أو بشهادة رجل عدل مع القرائن"[336] ثم عرف العدل بقول: "يعتبر الشاهد عدلاً إذ كان ممن يجتنب الكبائر ويتقي في الغالب الصغائر "[337]

- **أما المروءة:**

جاء في لسان العرب "مرأ: المروءة كمال الرجولية مرؤ الرجل يمرؤ مروءة فهو مريء على فعيل و تمرأ على تفعل صار ذا مروءة و تمرأ تكلف المروءة و تمرأ بنا أي طلب بإكرامنا اسم المروءة وفلان يتمرأ بنا أي يطلب المروءة بنقصنا أو عيبنا و المروءة الإنسانية ولك أن تشدد الراء يقال من المروءة مرؤ الرجل يمرؤ مروءة و مرؤ الطعام يمرؤ مراءة، وليس بينهما فرق إلا اختلاف المصدرين وكتب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى خذ الناس بالعربية فإنه يزيد في العقل ويثبت المروءة وقيل للأحنف ما المروءة

---

[334] الفرقان: آية 7.
[335] ابن حزم: المحلى - ج8 ص 476.
[336] علي علي منصور (المستشار): نظام التجريم والعقاب - ص77 م7 إثبات.
[337] علي منصور: السابق - ص78.

فقال العفة والحرفة وسئل آخر عن المروءة فقال المروءة أن لا تفعل في السر أمرا وأنت تستحيي أن تفعله جهر"[338]

قال النووي: "المروءة بالهمزة قال الجوهري وغيره ويجوز تشديد الواو وترك الهمز قال الجوهري المروءة الإنسانية وقال ابن فارس الرجولية وقيل صاحب المروءة من يصون نفسه عن الأدناس ولا يشينها عند الناس وقيل هو الذي يسير سيره أمثاله في زمانه ومكانه قال الجوهري قال أبو زيد يقال منه مرؤ الرجل أي صار ذا مروءة فهو مريء على فعيل وتمرأ الرجل تكلف المروءة"[339]

قال في الجواهر: "المروءة لغة: الإنسانية كما عن الصحاح، أو الرجولية أي الكمال فيهما كما عن العين والمحيط، وفي الاصطلاح: كما في كشف اللثام: هيئة نفسانية تحمل الإنسان على الوقوف عند محاسن الأخلاق وجميل الأفعال والعادات"[340]

القاضي ابن علاثة رد شهادة تارك الصلاة:"شهد رجل عند ابن علاثة فقال: هات من يزكيك، فقال: هذا يعرفني- لرجل قاعد عنده - فقال له: ما تقول؟ فسكت، فقال: للرجل أيد الله ما تعلم مني؟ قال: أما إن ناشدتني بالله فإنك جار المسجد ولم أرك تصلي فيه، فأبطل شهادته"[341]

---

[338] ابن منظور: لسان العرب/دار صادر بيروت - ط1 - ج1 ص 154، ص155.

[339] النووي: تحرير ألفاظ التنبيه/تحقيق عبد الغني الدقر/دار القلم/دمشق/ط1/1408هـ - ص341.

[340] النجفي: جواهر الكلام/ج41 ص31.

[341] وكيع: أخبار القضاة - ج3 ص219.

القاضي شريح:"رأى شريح أحد الشاهدين كمه ضيق، فقال: احسر عن ذراعيك، فحسر فلم يستطع، فقال: ائتني بشاهد غير هذا"[342]

القاضي عبد الملك بن يعلى: قال: "من ترك ثلاث جمع من غير عذر لم تجز شهادته"[343]

قال السبكي في طبقاته: "في الفاسق يدعى إلى أداء شهادة تحملها: إن كان ظاهر الفسق لم يلزمه أداؤها، وإن كان فسقه باطناً لزمه، لأن رد شهادته بالفسق الظاهر متفق عليه، وبالباطن مختلف فيه، وعزاه إلى الحاوي وهي مسألة مليحة، والذي في الرافعي أنه إذا كان مجمعاً عليه ظاهراً أو خفياً، لم يجز له أن يشهد فضلاً عن الوجوب، وقضيته كلام <الحاوي> و <البحر> أن الخفي غير مجمع على الرد به، وهو حسن، ويخرج منه فاسق لا يرد، لعدم علم القاضي بفسقه"[344]

وجاء في علامات المؤمن في الفقه الإمامي: "من عامل الناس فلم يظلمهم، وحدثهم فلم يكذبهم، ووعدهم فلم يخلفهم كان ممن حرمت غيبته، وكملت مروءته، وظهر عدله، ووجب أخوته" بل وقول الصادق (عليه السلام) في خبر ابن أبي يعفور: (وأن يكون ساتراً لعيوبه) إذ منا في المروءة عيب، لأن مخالفتها إما لخبل أو نقصان عقل أو قلة مبالاة أو حياء، وعلى كل حال فلا ثقة بقوله ولا بفعله"[345]

---

[342] وكيع: أخبار القضاة - ج2 ص300.
[343] وكيع: السابق - ج2 ص17.
[344] السبكي: طبقات الشافعية الكبرى - ج7 - ص199.
[345] النجفي: جواهر الكلام ج13 ص302.

صفوة القول: نلاحظ أن فقهاء المسلمين وضعوا هذه الضوابط الصارمة للعدالة نظراً لخطورة الشهادة وما يترتب عليها من زهوق نفس قد تكون بريئة. وقد كان الفقه الإمامي أكثر حزماً في ضابط العدالة من غيره من أصحاب المذاهب الإسلامية الأخرى فعلى سبيل المثال: تجوز إمامة الفاسق في الصلاة وغيرها لدى المذاهب الإسلامية إذا لم يكن فسقه فسقاً أكبر يخرجه عن الملة. أما عن الإمامية فإنه لا يجيزون إمامة الفاسق وكما ذكر النجفي في جواهر الكلام: "وكذا يعتبر في الإمام العدالة فلا يجوز الائتمام بالفاسق إجماعاً محصلاً ومنقولاً ومستفيضاً أو متواتراً"[346] فلو افترض أن هذا الإمام الفاسق حسب الفقه الإمامي جاء ليشهد في قضية فإنهم لا يجيزون شهادته لأنه ليس عدلاً وإن كان مقبولاً لدى فقهاء آخرين.

لكن هذه الشروط الصارمة حول العدالة والمروءة كالمشي والأكل في الأسواق والمطاعم، وارتياد بعض الأندية والأماكن العامة، وشرب الدخان، واستعمال بعض آلات الطرب، ولعب الشطرنج والنرد والألعاب الإلكترونية الحديثة مثل (السيجا) و(الأتاري) وغير ذلك، قد لا تتناسب مع عصرنا الحالي إذ أنه سيكون من العسير أن نجد شاهداً عدلاً تتوافر فيه الشروط التي وضعها فقهاء الإسلام مما يوقع الناس في حرج شديد ويؤدي إلى إفلات الجناة القتلة من عقوبة القصاص. وقد تفطن إلى ذلك بعض الفقهاء قديماً كابن أبي زيد المالكي حيث نقل عنه القرافي: "بأنا إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجوراً للشهادة عليهم، ويلزم مثل ذلك

[346] النجفي: جواهر الكلام/ج13 ص275.

في القضاة وغيرهم لئلا تضيع المصالح. قال: ولئلا تهدر الدماء وتضيع الحقوق وتتعطل الحدود"[347]

وفي النظام الإجرائي الوضعي "هناك جمع معلومات عن الشاهد من سلطات التحقيق ويقصد بهذا الاستعلام عن خلق الشاهد وسيرته وماضيه، وما إذا كان أميناً صادقاً أم أنه غير ذلك، لإثبات أنه محل ثقة يستحق التصديق أم لا. ولا شك أن الشاهد المحمود السيرة والخلق هو أكبر ضمان للعدالة، بعكس الشاهد المعروف بسوء الخلق فهو عادة يميل إلى الكذب، ويمكن القول بأن من سبق الحكم عليه في جريمة شهادة الزور أو البلاغ الكاذب لا يكون محلاً للثقة ولا تحظى شهادته بالتقدير"[348]

(الشرط الثاني): أن يكون الشاهد رجلاً:

هل يشترط في الشهادة على جرائم القصاص والحدود أن يكون الشهود رجالاً؟ وهل يجوز قبول شهادة النساء مع الرجال أو منفردات في جريمة القتل العمد؟

اختلف الفقهاء في الفقه الإسلامي حول إمكانية قبول شهادة النساء والصبيان في إثبات جريمة القتل العمد على النحو التالي:

---

[347] ابن فرحون: تبصرة الحكام ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ج2 ص26.

[348] عبد العزيز سليم: الموسوعة الذهبية في الإثبات الجنائي ـ ص343.

(1) شهادة النساء:

الرأي الأول:

عدم قبول شهادة النساء في إثبات جريمة القتل العمد:

قال جماعة من الفقهاء بعدم جواز قبول قبول شهادة النساء في جرائم الحدود والقصاص ولو كان معهن رجل؛ وبهذا الرأي قال الأحناف، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، وهو قول عند الإمامية، وقد احتجوا بالأدلة التالية:

(أ) القرآن الكريم:

(وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلاً)[349] وقوله تعالى:(ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ)[350] وقوله تعالى: (فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ[351] وجه الدلالة أن لفظ أربعة نص في العدد والذكورة.

---

[349] سورة النساء آية 15.
[350] سورة النور آية 4.
[351] سورة النور آية 13.

قال في الهداية: "ومنها الشهادة بقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم)[352] ولا تقبل فيها شهادة النساء"[353]

ويقول ابن العربي: "(من رجالكم): والصحيح عندي أن المراد به البالغون من ذكوركم المسلمون؛ لأن الطفل لا يقال له رجل، وكذا المرأة لا يقال لها رجل أيضاً. وقد بيّن الله تعالى بعد ذلك شهادة المرأة"[354] يشير ابن العربي إلى قوله تعالى في شهادة النساء (فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء)[355]

وفي رواية لدى الإمامية؛ قال العاملي: "القول فيما يثبت به القتل: (وهو ثلاثة، الإقرار، والبينة، والقسامة) فما الإقرار فيكفي فيه مرة واحدة) (وأما البينة فعدلان ذكران) ولا عبرة بشهادة النساء منفردات ولا منضمات"[356]

(ب) الآثار:

حديث الزهري: "مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود"[357]

---

[352] سورة البقرة آية 282.

[353] الزيلعي: نصب الراية لأحاديث الهداية ـ تحقيق أيمن شعبان ـ دار الحديث ـ القاهرة ط1 ـ 1415هـ / 1995م ـ ج5 ص 76.

[354] ابن العربي: أحكام القرآن ـ ج1 ـ ص333.

[355] البقرة: آية 282.

[356] العاملي: الروضة الندية في شرح اللمعة الدمشقية ـ دار العالم الإسلامي ـ بيروت ـ ج10 ص67.

[357] قال الزيلعي :"حديث الزهري: مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه

وأخرج عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم بن عتيبة أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: "لا يجوز شهادة النساء في الحدود والدماء"[358]

كذلك ما روي عن شريح أنه قال: لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولأن في شهادة النساء شبهة لتطرق الضلال والنسيان المبين، وإلى ذلك أشار سبحانه وتعالى بقوله (أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى).

وقال في مستدرك الوسائل: "قال كان علي (عليه السلام)، يقول: لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في القود"[359]

وفي فروع الكافي: "عن علي بن حمزة عن أبي بصير قال: سألته عن شهادة النساء. فقال: تجوز شهادة النساء وحدهن على ما لا

وسلم، والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص؛ قلت (أي الزيلعي): رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا حفص عن حجاج عن الزهري قال: مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود. انتهى. وأخرج عن الشعبي، والنخعي، والحسن، والضحاك، قالوا: لا تجوز شهادة النساء في الحدود، وأخرج عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم بن عتيبة أن علي بن أبي طالب قال: لا تجوز شهادة النساء في الحدود والدماء. انتهى" الزيلعي: نصب الراية ج5 ص76 ، ص77. وقال ابن حجر في التلخيص: "روي عن مالك، عن عقيل، عن الزهري، وزاد: ولا في النكاح، ولا في الطلاق، ولا يصح عن مالك، ورواه أبو يوسف في كتاب الخراج عن الحجاج، عن الزهري به، ومن هذا الوجه أخرجه ابن أبي شيبة عن حفص بن غياث، عن حجاج به" ابن حجر العسقلاني: تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ـ تحقيق حسن بن عباس قطب ـ مؤسسة قرطبة/القاهرة/1416هـ ج4 ص380.

[358] الزيلعي: نصب الراية ـ ج5 ص 67 ، ص77.

[359] الطبرسي: ميرزا حسين النوري: مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل ـ مؤسسة آل البيت لإحياء التراث ـ بيروت ـ ط3 ـ 1409هـ ج17 ص425.

يستطيع الرجال ينظرون إليه، وتجوز شهادة النساء في النكاح إذا كان معهن رجل ولا تجوز في الطلاق ولا في الدم"[360]

قال في بدائع الصنائع: " ومنها الذكورة في الشهادة بالحدود والقصاص فلا تقبل فيها شهادة النساء لما روي عن الزهري رحمه الله أنه قال مضت السنة من لدن رسول الله والخليفتين من بعدهما رضوان الله تعالى عليهما أنه لا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص ولأن الحدود والقصاص مبناهما على الدرء والإسقاط بالشبهات وشهادة النساء لا تخلو عن شبهة لأنهن جبلن على السهو والغفلة ونقصان العقل والدين فيورث ذلك شبهة بخلاف سائر الأحكام لأنها تجب مع الشبهة ولأن جواز شهادة النساء على البدل من شهادة الرجال والأبدال في باب الحدود غير مقبولة كالكفالات والوكالات"[361]

ويقول السرخسي: " فإنهن ناقصات العقل والدين كما وصفهن رسول الله صلى الله عليه وسلم وبالنقصان يثبت شبهة العدم ثم الضلال والنسيان غلب عليهن وسرعة الانخداع والميل إلى الهوى ظاهر فيهن"[362]

وعن سعيد بن المسيب: "لا تجوز شهادة النساء: في قتل، ولا في حد، ولا في طلاق، ولا نكاح"[363]

---

360 الكليني: فروع الكافي ـ دار الأضواء ـ بيروت ـ ج7 ص391.

361 الكاساني: بدائع الصنائع ـ دار الكتاب العربي ـ بيروت ـ ط2 ـ ج6 ص279.

362 السرخسي: المبسوط ـ دار المعرفة ـ بيروت ـ ج16 ص142.

363 ابن حزم: المحلى بالآثار ـ تحقيق د. عبد الغفار البنداري ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ ج8 ـ ص478.

وصح عن إبراهيم النخعي: "أنه لا تجوز شهادة النساء في الطلاق ولا في النكاح، ولا في الدماء، ولا الحدود"[364]

وعن الحكم بن عتيبة قال الزهري: عن سعيد بن المسيب عن عمر، وقال الحكم: عن علي، ثم اتفق عمر وعلي: على أنه لا تجوز شهادة النساء في الطلاق؛ ولا في النكاح، ولا في الدماء، ولا الحدود"[365]

وقال في الإقناع: " ولا تقبل شهادة النساء إذا انفردن إلا أن يشهدن وهن أربع بما لا يطلع عليه أجانب الرجال من أمورهن كالولادة والرضاع ولا يقبلن مع الرجال إلا في الأموال وما يجوز أن ينفردن فيه وتقبل شهادة رجلين في كل حد وحق إلا في الزنا فلا يقبل فيه أقل من أربعة رجال"[366]

وقال في المهذب: "فصل وما ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والوكالة والوصية إليه وقتل العمد والحدود سوى حد الزنا لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين لقوله عز وجل فى الرجعة) وأشهدوا ذوي عدل منكم (ولما روى ابن مسعود رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح إلا بولى وشاهدي عدل. وعن الزهرى أنه قال جرت السنة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ألا تقبل شهادة النساء فى الحدود. فدل النص على الرجعة

[364] ابن حزم: المحلى - ج8 - ص478.
[365] ابن حزم: السابق - ج8 ص478.
[366] الماوردي: الإقناع - ج1 ص201 ، ص202.

والنكاح والحدود، وقسنا عليها كل ما لا يقصد به المال، ويطلع عليه الرجال"[367]

وقال ابن قدامة في شرحه لمتن الخرقي: "مسألة قال (ولا يقبل فيما سوى الأموال مما يطلع عليه الرجال أقل من رجلين) وهذا القسم نوعان أحدهما العقوبات وهي الحدود والقصاص فلا يقبل فيه إلا شهادة رجلين"[368] ويقول أيضاً: :ولنا (أي الحنابلة) إن هذا ما يحتاط لدرئه وإسقاطه ولهذا يندرئ بالشبهات ولا تدعو الحاجة إلى إثباته وفي شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى (أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى)[369] وأنه لا تقبل شهادتهن وإن كثرن ما لم يكن معهن رجل فوجب أن لا تقبل شهادتهن فيه (في القتل) ولا يصح قياس هذا على المال لما ذكرنا من الفرق، وبهذا الذي ذكرنا قال سعيد بن المسيب، والشعبي، والنخعي، وحماد، والزهري، وربيعة، ومالك، والشافعي، وأبو عبيد، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، واتفق هؤلاء وغيرهم على أنها تثبت بشهادة رجلين ما خلا الزنا"[370]

وجاء في المدونة الكبرى: "لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في القصاص ولا في الطلاق ولا في النكاح ولا تجوز شهادتهن فيه على شهادة غيرهن في شيء من هذه الوجوه"[371]

وقال القيرواني: "ولا تجوز شهادة النساء إلا في الأموال"[372]

---

[367] الشيرازي: المهذب ـ دار الفكر ـ بيروت ـ ج2 ص333.
[368] ابن قدامة: المغني ـ ج10 ص156.
[369] البقرة: آية 282.
[370] ابن قدامة: المغني ـ ج10 ص156.
[371] مالك بن أنس: المدونة الكبرى ـ دار صادر ـ بيروت ـ ج13 ص160.
[372] القيرواني: عبد الله ابن أبي زيد: رسالة القيرواني/دار الفكر/بيروت/ص132.

وقال ابن عبد البر: "لا تجوز شهادة النساء في شيء من الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق ولا في الرجعة ولا في العتاق ولا في الولاء والأنساب ولا فيما عدى الأموال كالمداينات والمواريث والإجارات والهبات والصدقات وإنما تجوز شهادة النساء في الأموال مع الرجال إذا كان مع كل رجل امرأتان"[373]

وقد ذكر ابن المنذر: "وأجمعوا على أنه تقبل على القتل شهادة شاهدين عدلين ويحكم بشهادتهما"[374]

ويرى الزرقا في إحدى فتاويه أن الأحوال التي قيدت فيها الشريعة شهادة المرأة هي لأسباب وملابسات تقتضي هذا التقييد ويستشهد على صحة ذلك بقوله: "إن الحوادث التي توجب الحدود والقصاص كثيراً ما تنطوي على وقائع كريهة ومنفرة، والمرأة شديدة الانفعال والحساسية، مما يصرفها أحياناً عن الإنتباه إلى تفاصيل تلك الوقائع"[375]

---

[373] ابن عبد البر: الكافي ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ ط1 ـ 1407هـ ـ ص46.

[374] ابن المنذر: الإجماع ـ تحقيق د. فؤاد عبد المنعم ـ دار الدعوة ـ الإسكندرية ـ مصر ـ ط3 ـ 1403هـ ـ ص65.

[375] الزرقا: فتاوى مصطفى الزرقا ـ اعتنى بها: مجد أحمد مكي ـ دار القلم ـ دمشق ـ والدار الشامية ـ بيروت ـ 1425هـ /2004م ـ ط3 ـ ص386. وقد علق الشيخ الزرقا على كتابات للدكتور رمسيس بهنام على النحو التالي: "وفي هذا المجال أنقل فيما يلي ما يقوله الدكتور رمسيس بهنام R. BENHAM وهو أستاذ مشهور في القانون الجنائي، ورئيس قسم الجنائي في جامعة الإسكندرية سابقاً، ودكتور في القانون المدني من جامعة روما، وهو أيضاً دكتور دول من جامعة باريس. والدكتور بهنام ليس مسلماً بل هو من أقباط مصر، فهو لا يكتب من منطلق ديني. يقول د. بهنام في كتابه: علم النفس القضائي (الإسكندرية: طبع منشأة المعارف 1979م ص84 ما نصه: (الشاهد ليس كالورقة الحساسة في آلة التصوير ، وإنما يتوقف مدى الكمال في التقاطه لصورة الواقعة على عوامل شخصية عديدة تحول دون أمانة النقل (أي مطابقته للواقع) وإن كانت لا تنفي الإخلاص (إخلاص الشاهد، أي قوله ما يظنه حقا). كثيراً

ما يحس الشاهد بنفور من جزئية ما، فيسارع بالإنتقال منها إلى غيرها مغفلاً الإحاطة الكاملة بها، كما لو شاهدت امرأة إنساناً يطهن عدة طعنات ويهوي إلى الأرض، فشقّ عليها أن تركز أنظارها في جثة، فوجهت انتباهها إلى هندام أو ملابس رجال كانوا في المكان حاضرين" أهـ (الزرقا: فتاوى مصطفى الزرقا: ص 386، ص387). ثم يضيف الزرقا نقلاً عن رمسيس بهنام: "وفي مجال التعرف على الأشخاص وعلى الأشياء في مجال الشهادة القضائية يقول د. بهنام في الكتاب نفسه (ص194): (إن القدرة على دقة الوصف تتوقف على عوامل عدة، منها؛ الجنس: فمن الثابت أن المرأة بطبيعتها أقوى من الرجل ملاحظة للوجه والملابس، وإن كان تعرفها محل شك حين يتعلق الأمر بمشهد جريمة ارتكبت، ذلك لأنها جبلت على نزعة انفعالية شديدة تعتريها في مثل هذا المشهد، وتحول دون تفرسها في أشخاصه وأشيائه" أهـ (الزرقا: فتاوى مصطفى الزرقا: ص387). ويقول مصطفى الزرقا: "هناك عوامل نفسية معقدة تدخل في موضوع الشهادة، وتؤثر في مدى التعويل عليها. وننقل فيما يلي من كتاب آخر للدكتور رمسيس بهنام (علم الإجرام وعلم الاجتماع الجنائي الإسكندرية: طبع منشأة المعارف. الجزء الأول، الطبعة الثالثة 1970م ص457 حيث يقول ما نصه: (ولأن الكذب من الخصائص المميزة بوجه خاص، ينادي علماء النفس بضرورة المحاذرة في التعويل على شهادتها، وفي هذا تتشابه شهادة المرأة مع شهادة الطفل التي تستوجب هي الأخرى حذراً أكبر في اعتبارها مصدراً تستقى منه الحقيقة. على أن الحذر في العويل على شهادة النساء لا يرجع فحسب إلى أكاذيبهن التلقائية التي تصدر منهن عن وعي وعن غير وعي، وإنما يرجع كذلك إلى أن ذاكرة المرأة أضعف من ذاكرة الرجل، وإلى كونها أسهل انفعالاً وأكثر انسياقاً وراء الإيحاء الذاتي، وإلى كونها ميّالة إلى تركيز الانتباه والفكر في تفاصيل على جانب ضئيل من الأهمية، بدلاً من حصرها في الدلالة العامة للأمر محل النظر والمعاينة" (الزرقا: فتاوى مصطفى الزرقا ـ ص388). ثم يعلق الزرقا على كلام رمسيس بهنام قائلاً: " إننا قد نقلنا كلام الدكتور بهنام حرفياً التزاماً بأمانة النقل، وإن كنا لا نقبل بكل ما أورده من عبارات. ولا شك أن المعرفة الإنسانية بهذه الأمور هي معرفة محدودة وظنية، يصعب الوصول فيها إلى رأي قاطع يمكن البرهنة عليه تجريبياً أو منطقياً على نحو يقنع به الجميع. ونشير إلى أن العبارة القرآنية في تعليل اشتراط شهادة امرأتين وردت بلفظ (أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى)، ولم تأت بلفظ: أن تنسى إحداهما، مما قد يدل على أن العوامل التي تؤثر في الشهادة ليست مقتصرة على الذاكرة وحدها، بل تشمل عوامل أخرى لم تصرح الآية بها. والمسلمون يرضون ويطمئنون إلى ما ورد بالأدلة الشرعية الموثوقة، علماً منهم بأن الله سبحانه أنزل هذه التشريعات في كتابه وفي سنة رسوله لمصلحة البشر، وبناء على معرفته المطلقة بما فطرهم عليه وبما يصلح لهم، نساءً ورجالاً"أهـ (الزرقا: فتاوى مصطفى الزرقا ص388).

الرأي الثاني:

جواز قبول شهادة النساء في جريمة القتل العمد:

وقال بعض الفقهاء بجواز قبول شهادة النساء في الحدود والقصاص سواء كان معهن رجال أو لم يكن:
وبهذا الرأي قال ابن حزم: "ولا يجوز أن يقبل في الزنا أقل من أربعة رجال عدول مسلمين، أو مكان كل رجل امرأتان مسلمتان عدلتان، فيكون ذلك ثلاثة رجال وامرأتين، أو رجلين وأربع نسوة، أو رجلاً واحداً وست نسوة، أو ثمان نسوة فقط. ولا يقبل في سائر الحقوق كلها من الحدود والدماء، وما فيه القصاص والنكاح، والطلاق، والرجعة، والأموال، إلا رجلان مسلمان عدلان؛ أو رجل وامرأتان كذلك، أو أربع نسوة كذلك-ويقبل في كل ذلك-حاشا الحدود - رجل واحد عدل أو امرأتان كذلك مع يمين الطالب"[376]
وممن قال بشهادة النساء في كل شئ عطاء بن أبي رباح فقد روى عبد الرزاق عن ابن جريج عن عطاء بن أبي رباح قال: "تجوز شهادة النساء مع الرجال في كل شئ، وتجوز على الزنا امرأتان وثلاثة رجال"[377]

---

[376] ابن حزم: المحلى - ج8 - ص476.
[377] ابن حزم: السابق - ج8 - ص480.

وعن سفيان الثوري في أحد قوليه: "تقبل المرأتان مع رجل في القصاص، وفي الطلاق، والنكاح، وفي كل شئ - حاش الحدود - ويقبلن منفردات فيما لا يطلع عليه إلا النساء"[378]

وممن قال بجواز شهادة النساء في القصاص الإمامية في قول لهم؛ جاء في سلسلة الينابيع الفقهية: "ويثبت القتل بشهادة عدلين أو رجل وامرأتين"[379]

وذكر صاحب وسائل الشيعة رواية : "عن جميل بن دراج، ومحمد بن حمران، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قلنا: أتجوز شهادة النساء في الحدود؟ فقال: في القتل وحده، إن علياً (عليه السلام) كان يقول: لا يبطل دم امرئ مسلم"[380]

أقول: الرواية السابقة رواها الكليني في باب ما يجوز من شهادة النساء وما لا يجوز ثم ساق بسنده: "عن علي بن إبراهيم عن جميل بن دراج، ومحمد بن حمران، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قلنا: أتجوز شهادة النساء في الحدود؟ فقال: في القتل وحده، إن علياً (عليه السلام) كان يقول: لا يبطل دم امرئ مسلم"[381]

---

[378] ابن حزم: المحلى - ج8 - ص480.

[379] علي أصغر مرواريد: سلسلة الينابيع الفقهية - دار التراث والدار الإسلامية - بيروت - ط1 - 1410هـ - ج2 ص556.

[380] العاملي: محمد بن الحس: وسائل الشيعة/تحقيق مؤسسة آل البيت لإحياء التراث/قم/إيران/ج29 - ص138.

[381] الكليني: فروع الكافي - دار الأضواء - بيروت - ج7 ص390.

وقال الطوسي: "ويجوز شهادة النساء في القتل والقصاص إذا كان معهن رجال أو رجل: بأن يشهد رجل وامرأتان على رجل بالقتل أو الجراح. فأما شهادتهن على الإنفراد فإنها لا تقبل على حال"[382]

وفي فتاوى السغدي: " وتجوز شهادة النساء مع الرجال في جميع الأحكام في الحدود والقصاص في قول أبي حنيفة وصاحبيه وأبي عبد الله لان شهادة النساء ضعيفة والحدود والقصاص قوية ولا يقام القوي بالضعيف"[383]

ورد ابن حزم على احتجاج الجمهور بحديث الزهري: (مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود) لأنه منقطع من طريق إسماعيل بن عياش ـ هو ضعيف ـ عن الحجاج بن أرطأة وهو هالك"[384]

وأجاب ابن حزم أيضاً بأن العقل لا يفرق بين الرجل والمرأة في الشهادة: "وبضرورة العقل يدري كل أحد: أنه لا فرق بين امرأة ورجل، وبين رجل، وبين رجلين، وبين امرأتين وأربعة رجال، وبين أربع نسوة، في جواز تعمد الكذب والتواطؤ عليهم، وكذلك الغفلة ـ ولو حيناً ـ إلى هذا، لكان النفس أطيب على شهادة ثماني نسوة منها على شهادة أربعة رجال. وهذا كله لا معنى له، إنما هو القرآن والسنة ولا مزيد"[385]

---

[382] الطوسي: النهاية في مجرد الفقه والفتاوى ـ دار الكتاب العربي ـ بيروت ـ ط1 ـ 1390هـ ص333.

[383] فتاوى السغدي ـ ج2ص787.

[384] ابن حزم: المحلى ـ ج8 ص488. قول ابن حزم عن الحجاج بن أرطأة أنه (هالك) يقصد أنه ضعيف حسب مصطلحات المحدثين قديماً مثل (هالك ـ حاطب ليل إلخ).

[385] ابن حزم: المحلى ـ ج8 ـ ص488 ، ص489.

ورد صاحب المحلى على قول من قال بتخصيص شهادة النساء على ما لا يجوز أن يطلع عليه الرجل قائلاً: "أما من احتج بتخصيص ما لا يجوز أن ينظر إليه الرجال فباطل، وما يحل للمرأة من النظر إلى عورة المرأة إلا كالذي يحل للرجل من ذلك، ولا يجوز ذلك إلا عند الشهادة أو الضرورة، كنظرهم إلى عورة الزانيين، والرجال والنساء في ذلك سواء"[386]

رأي بعض المعاصرين:

وممن أخذ برأي ابن حزم من فقهاء القانون المعاصرين علي محمود إذ يقول:

"والذي نراه أن شهادة النساء جائزة في الحقوق كلها، سواء كانت حقاً لله أو للعباد، وعلى ذلك فشهادة النساء جائزة في الحدود والقصاص"[387]

ويرى مصطفى الزرقا أن شهادة المرأة تقبل في بعض الحالات: "أن يكون الحدث الذي ستتشهد عليه المرأة يقع في مكان لا يوجد فيه رجال كحمامات النساء، أو لا يطلع عليه الرجال، كالولادة التي تجري التوليد فيها قابلة في البيوت. فتقبل شهادة النساء وحدهن في

---

[386] ابن حزم: المحلى - ج8 - ص489.

[387] يوسف علي محمود (الدكتور): الأركان المادية والشرعية لجريمة القتل العمد وأجزيتها المقررة في الفقه الإسلامي/دار الفكر للنشر والتوزيع/عمان/الأردن/ط1/1982م - مج1 ص417..

الجرائم التي تقع في حماماتهن، كما تقبل شهادتهن على الولادة في البيوت وتعيين الولد"[388]

وذهب هلال عبد اللاه أبعد من ذلك إذ قال: "بل لا مانع لدينا من القول بثبوت هذه الجرائم (الحدود والقصاص) بشهادة رجل واحد أو امرأة واحدة طالما وجد ما يدعم هذه الشهادة من قرائن دامغة لا يرقى إليها الشك"[389]

أقول: لا أرى صواب ما ذهب إلي الفقيه القانوني المعاصر هلال عبد اللاه ؛ إذ أنه ذهب إلى أبعد مما ذهب إليه عطاء بن أبي رباح، وابن حزم؛ فعطاء وابن حزم يجيزان إثبات جريمة القتل العمد بشهادة امرأتين ولم يذهبا إلى أن تثبت جريمة القتل العمد برجل واحد أو امرأة واحدة. كما أن قوانين الإجراءات الجنائية المعاصرة لا تثبت جريمة القتل العمد بشهادة رجل واحد أو امرأة واحدة، ومن ثم فأقل عدد في إثبات هذه الجريمة لتنفيذ القود من الجاني هو شهادة اثنين سواء كانا رجلين أو رجل وامرأة أو امرأتين حسب القوانين الوضعية المعاصر.

وبالنسبة للنظم الإجرائية الوضعية بخصوص قبول شهادة النساء في جريمة القتل العمد سواء كن منفردات أو مع الرجال فلم تنص القوانين الإجرائية الحديثة على التمييز بين النساء والرجال في الشهادة فعلى سبيل المثال:

---

[388] الزرقا: فتاوى مصطفى الزرقا ـ اعتنى بها: مجد أحمد مكي ـ دار القلم ـ دمشق ـ والدار الشامية ـ بيروت ـ 1425هـ /2004م ـ ط3 ـ ص248.

[389] هلال عبد اللاه أحمد (الدكتور): النظرية العامة للإثبات الجنائي/دار النهضة العربية/القاهرة ـ ص236.

"إعمالاً بنص المادة 283 من قانون الإجراءات الجنائية فإنه يجب على الشهود الذين بلغت سنهم أربع عشرة سنة أن يحلفوا يميناً قبل أدار الشهادة على أنهم يشهدون بالحق ولا يقولون إلا الحق"[390] فهذه المادة لم تذكر رجالاً أو نساء فلم تفرق بين ذكر وأنثى ويرجع ذلك كما ذكرنا من قبل إلى اعتماد الأنظمة الإجرائية الحديثة على فكرة المواطنة التي لا تهتم بالديانة في مثل هذه الإجراءات.

الرأي المختار:

بعد استعراض وجهات النظر في الآراء السابقة نرجح ما ذهب إليه أهل الظاهر والرواية الثانية لدى الإمامية من قبول شهادة النساء سواء كن منفردات أو كان معهن رجال في جرائم القصاص للأدلة النـي استند إليها أصحاب هذا الرأي وخاصة أن هناك رأياً لبعض السلف كعطاء يجيز شهادة النساء في الحقوق كلها. ومما يدعونا إلى القول بهذا الرأي أن المجتمعات الآن خاصة الإسلامية لم تعد كما كانت في الماضي منغلقة؛ فالمرأة الآن تخرج وتزاحم الرجل ميادين كثيرة؛ في العمل وفي الأسواق وغيرهما. وكما نعلم من خلال متابعة ما يكتب وينشر عن جرائم القتل عبر وسائل الإعلام وغيرها أن الجاني عندما يفكر في ارتكاب جريمة عادة ما يختار أماكن معزولة وبعيدة عن العمران أو يستتر في ظلمات الليل حتى لا ينكشف أمره، وقد لا يتوافر فيمن يرى الجريمة في هذه الأماكن أو تلك الأوقات إلا

[390] مصطفى مجدي هرجة (_المستشار): شهادة الشهود ـ ص23.

امرأتان أو امرأة. فإذا أخذنا برأي الجمهور من وجوب أن يكون الشهود رجالاً أو برأي من يقول بجواز شهادة رجل وامرأتين فإن كثيراً من حقوق الناس ستضيع مما ينافي روح الشريعة الإسلامية التي عبر عنها ابن القيم بخصوص هذه القضية من أنه: "فإن ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه. والله سبحانه أعلم وأحكم أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة، وأبين أمارة، فلا يجعل منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبه، بل بين سبحانه بما شرعه من الطرق، أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، ليست مخالفة له"[391].

أما عن تشدد جمهور الفقهاء في الشهادة احتياطاً للدماء وخوفاً من خطأ النساء عند أداء الشهادة، فإن هذا ممكن تحقيقه عن طريق تقدير القاضي الجنائي لصدق الشهود، وعدم صدقهم يستوي في ذلك الرجال والنساء.

(2) شهادة الصبيان:

اختلف الفقهاء في قبول شهادة الصبيان لإثبات جريمة القتل العمد على النحو الآتي:

الرأي الأول: لا يجوز شهادة الصبيان:

[391] ابن القيم: الطرق الحكمية/دار الكتب العلمية/بيروت/ط1/1415هـ/ص11.

قال الكاساني الحنفي: "ومنها البلوغ فلا تقبل شهادة الصبي العاقل لأنه لا يقدر على الأداء إلا بالتحفظ والتحفظ بالتذكر والتذكر بالتفكر ولا يوجد من الصبي عادة ولأن الشهادة فيها معنى الولاية والصبي مولى عليه ولأنه لو كان له شهادة للزمته الإجابة عند الدعوة للآية الكريمة وهو قوله تعالى (ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا) أي دعوا للأداء فلا يلزمه إجماعا"[392] وفي تحفة الفقهاء: " ولا تجوز شهادة العبد والأخرس والصبي العاقل والمعتوه "[393]

وفي شرح القدير: "وشرطها البلوغ والعقل والولاية فخرج الصبي والعبد والسمع والبصر للحاجة إلى التمييز بين المدعي والمدعى"[394]

وفي فتاوى السغدي: " شهادة الصبي لا تجوز على أحد بوجه من الوجوه"[395]

أما الشافعية:

قال في المهذب: "وإن شهد صبى أو عبد أو كافر لم تقبل شهادته فإن بلغ الصبي أو أعتق العبد أو أسلم الكافر وأعاد تلك الشهادة قبلت"[396]

وقال الغزالي: " فلا تقبل شهادة صبي ولا مجنون"[397]

وفي فتح الوهاب: " فلا يقبل ممن به رق أو صبا أو جنون"[398]

---

[392] الكاساني: بدائع الصنائع/دار الكتاب العربي/بيروت 1982/ط2 ج6 ص276

[393] السمرقندي: تحفة الفقهاء/دار الكتب العلمية/بيروت/1984 - ط1 - ج3 ص362.

[394] ابن الهمام: فتح القدير - دار الفكر - بيروت - ج7 ص364.

[395] علي بن الحسن بن محمد السغدي: فتاوى السغدي/تحقيق د. صلاح الدين الناهي/ دار الفرقان - عمان - الأردن - ط2 - ج2 ص797.

[396] الشيرازي: المهذب - دار الفكر - بيروت - ج2 ص331.

[397] الغزالي: الوسيط - تحقيق أحمد محمود ومحمد تامر - دار السلام - القاهرة - 1417هـ - ط1 - ج7 ص347.

[398] الأنصاري: فتح الوهاب/دار الكتب العلمية/بيروت1418هـ/ط1- ج2 ص384.

أما الحنابلة:

وفي زاد المستقنع: " فلا تقبل شهادة الصبيان"[399]

قال البهوتي: "أحدها البلوغ فلا تقبل الشهادة من صغير ذكر أو أنثى ولو كان الصغير في حال أهل العدالة بأن كان متصفا بما يتصف به المكلف العدل مطلقا أي سواء شهد بعضهم على بعض أو في جراح إذا شهد وأقبل الافتراق عن الحال التي تجارحوا عليها لقوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) والصبي ليس رجلا ولا يقبل قوله في حق نفسه ففي حق غيره أولى ولأنه غير كامل العقل"[400]

رأي الظاهرية: قال ابن حزم**:** "مسألة ولا تقبل شهادة من لم يبلغ من الصبيان؛ لا ذكورهم ولا بعضهم على بعض، ولا على غيرهم؛ لا في نفس، ولا جراحة، ولا في مال، ولا يحل الحكم بشيء من ذلك، لا قبل افتراقهم ولا بعد افتراقهم"[401]

ويستشهد ابن حزم بآراء من يرى رأيه من السلف: " وبمثل قولنا يقول: مكحول، وسفيان الثوري، وابن شبرمة، وإسحاق بن راهويه، وأبو عبيدة، وأبو حنيفة والشافعي، وأحمد بن حنبل، وأبو سليمان، وجميع أصحابنا"[402]

ثم يرد ابن حزم على من أجاز شهادة الصبيان بقوله: " لم نجد لمن أجاز شهادة الصبيان حجة أصلا، لا من قرآن، ولا من سنة، ولا

---

[399] أبو النجا: موسى بن أحمد بن سالم االمقدسي: زاد المستقنع/تحقيق علي الهندي/مكتبة النهضة الحديثة ـ مكة المكرمة ـ ج ص254.

[400] البهوتي: شرح منتهى الإرادات ـ ج3 ص587.

[401] ابن حزم: المحلى/تحقيق د. عبد الغفار سليمان البنداري/دار الكتب العلمية/بيروت ـ ج8 ص513.

[402] ابن حزم: المحلى ـ ج8 ص515.

رواية سقيمة، ولا قياس، ولا نظر، ولا احتياط، بل هو قول متناقض، لأنهم فرقوا بين شهادتهم على كبير أو لكبير، وبين شهادتهم على صغير أو لصغير، وفرق مالك بين الجراح وغيرها فلم يجزها في تخريق ثوب يساوي ربع درهم وأجازها في النفس والجراح وفرق بين الصبايا والصبيان وهذا كله تحكم بالباطل وخطأ لا خفاء به"[403]

أقول: هذا قول مبالغ فيه من ابن حزم فقد وردت روايات عن بعض السلف تجيز شهادة الصبيان. والعجيب أن ابن حزم نفسه ذكر الراويات المخالفة لرأيه حيث قال في المحلى : "فصح عن ابن الزبير أنه قال: إذا جيء بهم عند المصيبة جازت شهادتهم. قال ابن أبي مليكة: فأخذ القضاة بقول ابن الزبير وأجاز بعضهم شهادتهم في خاص من الأمر لا في كل شئ"[404] وذكر أيضاً: " وعن عمر بن عبد العزيز أنه أجاز شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح المتقاربة فإذا بلغت النفوس قضى بشهادتهم مع أيمان الطالبين. وعن ربيعة جواز شهادة بعض الصبيان على بعض ما لم يتفرقوا. وعن شريح: أن شهادة الصبيان تقبل إذا اتفقوا ولا تقبل إذا اختلفوا وأنه أجاز شهادة صبيان في مأمومة. وعن ابن قسيط وأبي بكر بن حزم: قبول شهادة الصبيان فيما بينهم ما لم يتفرقوا. وعن عطاء والحسن: تجوز شهادة الصبيان على الصبيان. وعن إبراهيم النخعي: تجوز شهادة الصبيان بعضهم على بعض وقال كانوا يجيزونها فيما بينهم.

---

[403] ابن حزم: المحلى - ج8 ص515.
[404] ابن حزم: السابق - ج8 ص513.

وقال ابن أبي ليلى: تجوز شهادة الصبيان بعضهم على بعض في كل شيء"[405]

الرأي الثاني:

جواز قبول شهادة الصبيان:

فللإمامية أقوال في ذلك: قال في النهاية: "ويجوز شهادة الصبيان إذا بلغوا عشر سنين فصاعداً إلى أن يبلغوا في الشجاج والقصاص. ويؤخذ بأول كلامهم ولا يؤخذ بآخره. ولا تقبل شهادتهم فيما عدا ذلك من الديون والحقوق والحدود. وإذا أشهد الصبي على حق، ثم بلغ، وذكر؛ جاز له أن يشهد بذلك، وقبلت شهادته، إذا كان من أهلها"[406]
قال الحلي: "فلا تقبل شهادة الصبي، ما لم يصر مكلفاً. وقيل: تقبل مطلقاً إذا بلغ عشراً، وهو متروك. واختلفت عبارة الأصحاب في قبول شهادتهم في الجراح والقتل، فروى جميل عن أبي عبد الله عليه السلام "تقبل شهادتهم في القتل ويؤخذ بأول كلامهم"[407]
وهناك عدة روايات ذكرها الكليني: "(1) علي بن إبراهيم، عن محمد بن عيسى، عن أبي أيوب الخزاز قال: سألت إسماعيل بن جعفر متى تجوز شهادة الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنين قال: قلت:

[405] ابن حزم: المحلى ج8 ص514.
[406] الطوسي: النهاية في مجرد الفقه والفتاوى/دار الكتاب العربي/بيروت ط1/1390هـ - 1970م/ص331 ، ص332.
[407] الحلي: شرائع الإسلام/مؤسسة الوفاء - بيروت - ط3 - 1403هـ - ص906.

ويجوز أمره؟ قال: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل بعائشة وهي بنت عشر سنين وليس يدخل بالجارية حتى تكون امرأة فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره وجازت شهادته. (2) علي عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن جميل قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يجوز شهادة الصبيان؟ قال نعم يؤخذ بأول كلامه ولا يؤخذ بالثاني منه. (3) علي بن إبراهيم، عن محمد بن عيسى، عن يونس، عن محمد بن حمران قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة الصبي. قال: فقال: لا إلا في القتل يؤخذ بأول كلامه ولا يؤخذ بالثاني. (4) أبو علي الأشعري، عن محمد بن عبد الجبار، عن صفوان، عن العلاء بن رزين عن محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام قال: في الصبي يشهد على الشهادة قال: إن عقله حين يدرك أنه حق جازت شهادته. (5) علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن النوفلي، عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين: إن شهادة الصبيان إذا أشهدوا وهم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها"[408]

أقول: خبر أبي أيوب الخزاز ضعفه صاحب جواهر الكلام، وضعف أيضاً خبر طلحة بن زيد عن الصادق عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام "شهادة الصبيان جائزة بينهم، ما لم يتفرقوا، أو يرجعوا إلى أهليهم"[409] والعلة في تضعيف خبر أبي أيوب الخزاز كما قال الكلبايكاني أنه "ليس عن المعصوم فهو موقوف، لكن لا يبعد أن

---

[408] الكليني: فروع الكافي - تعليق: علي أكبر الغفاري - دار الأضواء - بيروت - ج7 ص388، ص389.

[409] النجفي: جواهر الكلام - ج14 - ص308.

يكون لـه اعتبـار مـا لجلالـة قدر إسـماعيل، وشـدة حـب أبيـه الصـادق عليه السلام له"[410]

لكن حتـى لـو تـم قبـول هـذا الخبـر إلا أنـه يخـالف مـا عليـه الكثـرة مـن علمـاء الإماميـة نظـراً لمـا ورد أيضـاً فـي مـتن الخبـر "إلا أن مـا يـدل عليه، وهو التسوية بين الرجل والمرأة في الأحكام، وقبـول الشـهادة مطلقـاً ممـن بلـغ عشـر سـنين، مخـالف لمـا عليـه الأصـحاب، فهـم معرضون عن هذا الخبر وذلك يسقطه عن الإعتبار"[411]

أمـا خبـر طلحـة بـن زيـد لتضـعيفهم طلحـة بـن زيـد نفسـه **فقد ذكر الكلبايكاني**: "وطلحة بن زيد عامي" وهـي مـن صـيغ التمـريض لـدى الإماميـة. لكـن جـاء فـي هـامش كتـاب الشـهادات: " والظـاهر صـحة إسناد الصدوق إلى الرجل، وطلحة بن زيد عـامي، قـال الشـيخ: كتابـه معتمد، وهو من رجال كامل الزيارات"[412]

وفي مستدرك الوسائل: (باب ما تقبل فيه شهادة الصبيان قبل البلوغ) ونقل عن دعائم الإسلام: "عن أمير المؤمنين (عليه السلام) أنـه كـان يقول: <شهادة الصبيان جائزة فيما بينهم في الجـراح، مـا لـم يتفرقـوا وينقلبوا إلى أهاليهم، أو يلقاهم أحد> يعني يلقنهم القول"[413]

---

[410] الكلبايكاني: محمد رضا الموسوي: كتاب الشهادات/تحقيق علي الحسيني الميلاني ـ مطبعة سيد الشهداء ـ قم ـ ط1 ـ 1415هـ ص26. وجاء في هامش كتاب الشهادات: "وأما أبو أيوب الخزاز فهو ثقة. واسمه إبراهيم وذكر شيخنا الجد المامقاني (قده) وقوع الخلاف في اسم أبيه ولقبه، قال: وفي اسم أبيه خلاف: أنه عيسى، أو عثمان، أو زياد، كالخلاف في لقبه: أنه الخزاز (بزائين) أو الخراز براء قبل الألف وزاي بعدهما" الكلبايكاني: كتاب الشهادات ـ هامش ص25، ص26.

[411] الكلبايكاني: كتاب الشهادات ـ ص26.

[412] الكلبايكاني: السابق ـ ص26، ص27.

[413] الطبرسي: الحاج ميرزا حسين النوري: مستدرك الوسائل/مؤسسة آل البيت

وفي كتاب الشهادات:"مقتضى الجمع بين الأخبار التي ذكرناها هو القبول في القتل"[414] ويتكلم عن الشروط التي ذكرها الطوسي والمحقق الحلي: "إنما الكلام في الشروط المعتبرة في القبول، فقد اختلفت عبارات الأصحاب فيها، تبعاً لاختلاف النصوص، فاعتبر الشيخ رحمه الله (يقصد الطوسي) في الخلاف شرطين أحدهما: ما لم يتفرقوا، والثاني: إذا اجتمعوا على مباح، وزاد المحقق شرطاً ثالثاً وهو: بلوغ العشر"[415]

"أما بلوغ العشر: فقد ذكر الخبر عن إسماعيل فقط، وقد عرفت حال هذا الخبر. أما كون اجتماعهم على مباح: فلم نعثر على نص يقتضي اعتباره. وأما بقاء الإجتماع: فيدل عليه خبر طلحة بن زيد، لكنه ضعيف على المشهور"

لكن ما السبب في هذا الشرط (أي اجتماع الصبيان وقت الجريمة وعدم ذهابهم إلى أهليهم): "لعل السبب في هذا الشرط هو: أن الصبي يشهد بما سمع أو رأى كما هو الواقع والحقيقة، وإن كان في شهادته ضرر على أحد من أقرب الناس إليه، أما إذا رجع إلى أهله فيحتمل قوياً أن يلقنه أهله ما يخالف الواقع، ويشوهوا عليه الحقيقة"

أقول: هذا هو تفسير قول المحقق يؤخذ بأول كلامهم لأنهم كلهم صبيان ولم يوجد أحد من الكبار يلقنهم أو يؤثر عليهم ليغيروا شهادتهم. إذن اعتبار الضرورة كان السبب في جواز شهادة الصبيان في القتل حتى لا تهدر دماؤهم وتصداق ذلك الخبر الذي رواه

لإحياء التراث - بيروت - ط2 - 1409هـ/1988م - ج17 ص423.

[414] الكبايكاني: كتاب الشهادات - ص28.

[415] الكلبايكاني: السابق - ص28.

صاحب الإرشاد: "من هذا الباب قبول أمير المؤمنين عليه السلام شهادة الغلمان وقضاؤه بالدية، فيما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام: <رفع إلى أمير المؤمنين عليه السلام ستة غلمان كانوا في الفرات فغرق واحد منهم، فشهد ثلاثة منهم على اثنين أنهما غرقاه، وشهد اثنان على الثلاثة> بناء على مكون معنى الغلام في الخبر هو الصغير"[416]

قال في جواهر الكلام "وعلى كل حال فظاهر النصوص والفتاوى اختصاص الحكم في شهادة الصبيان دون الصبية"**[417]**

مقتضى هذا الكلام أن الإمامية لا تجيز شهادة الصبية مثل المالكية التي تفرق بين شهادة الصبي والصبية وقد أكد هذه التفرقة صاحب كتاب الشهادات: "هذا ولما كان موضوع النصوص هو (الصبي) ولا دليل على إلغاء الخصوصية، فالظاهر اختصاص الحكم بشهادته دون (الصبية) فإنها تبقى على مقتضى الأصول والعمومات الدالة على عدم قبول شهادتها"[418]

رأي المالكية:

---

[416] الكلبايكاني: الشهادات/ص29. قال في هامش الصفحة المذكورة: رواه الشيخ المفيد في الإرشاد، ووصفه في المستند بالشهرة، وحكى عن الإنتصار روايته عن الخاصة والعامة.

[417] النجفي: محمد حسن: جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام/ مؤسسة المرتضى العالمية ودار المؤرخ العربي ـ بيروت ط1 ـ 1412هـ /1992م ـ ج14 ص311.

[418] الكلبايكاني: كتاب الشهادات ـ ص30.

في شهادة الصبيان بعضهم على بعض "قال ابن القاسم سئل مالك عن غلامين لم يبلغا الحلم اقتتلا فقتل أحدهما صاحبه. فقال الميت فلان قتلني، وشهد على لسانه واعترف القاتل الحي أنه فعل ذلك به. أترى أن يؤخذ بقول الميت ويقسم عليه أو باعتراف القاتل الحي لصاحبه؟ فقال مالك: لا ينفعك هذا إلا بالشهود، ولا ينفعك قول الميت ولا إقرار الحي فقال له صاحبه لا يكون في هذا قسامة. قال لا أرى ذلك قلت: أرأيت قول مالك يجوز شهادة الصبيان بعضهم على بعض ما لم يتفرقوا أو يدخل بينهم كبير أو يخببوا في أي شيء كان ذلك؟ فقال: في الجراحات والقتل إذا شهد فيه اثنان فصاعدا قبل أن يتفرقوا وكان ذلك بعضهم في بعض صبيان كلهم ولا تجوز فيه شهادة واحد ولا تجوز شهادة الإناث أيضا من الصبيان في الجراحات فيما بينهم ولا تجوز شهادة الصبيان لكبير إن كانوا شهدوا له على صبي أو على كبير وليس في الصبيان قسامة فيما بينهم بعضهم لبعض إلا أن يقتل رجل كبير صبيا ويشهد رجل على قتله فتكون القسامة على ما يشهد به الشاهد من عمد أو خطأ"[419] **لكن هناك رأياً آخر لدى المالكية**: "وقد قال غير واحد من كبار أصحاب مالك أنه لا تجوز شهادتهم في القتل ولا تجوز شهادة الإناث"[420] "وقد قال كبير من أصحاب مالك وهو المخزومي: إن الإناث يجزن وإن شهادة الصبيان في القتل جائزة"[421]

[419] مالك بن أنس: المدونة الكبرى ـ دار صادر للنشر ـ بيروت ـ ج13 ص162.
[420] مالك بن أنس: السابق ـ ج13 ص162.
[421] مالك بن أنس: السابق ـ ج13 ص162.

قال مالك" وقال مالك تجوز شهادة الصبيان على الصبيان فقط ولا تجوز شهادتهم على صغير أنه جرح كبيرا ولا على كبير أنه جرح صغيرا ولا تجوز إلا في الجراح خاصة ولا تجوز شهادة الصبايا في شيء من ذلك أصلا ولا تجوز في شيء من ذلك شهادة من كان منهم عبدا فإن اختلفوا لم يلتفت شيء من قولهم وقضى على جميعهم بالدية سواء"[422]

لكن ابن حزم يرد على مالك بقوله:" ما نعلم عن أحد قبله فرق بين صبي وصبية ولا بين عبد منهم من حر"[423]

ثم يقول ابن حزم:"وأقوال لا يحل قبولها من غير رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد اختلف الصحابة في ذلك وحجة من قال بقولنا هو قول الله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم)[424] وقال (ممن ترضون من الشهداء)[425] وليس الصبيان ذوي عدل ولا نرضاهم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (رفع القلم عن ثلاثة) فذكر (الصبي حتى يبلغ) وليس في العجب أكثر من رد شهادة عبد فاضل صالح عدل رضي وتقبل شهادة صبيين لا عقل لهما ولا دين وفي هذا كفاية"[426]

وهناك آثار عن بعض السلف:

ذكر سحنون في المدونة: "أن علي بن أبي طالب وشريحا وعبد الله وعروة بن الزبير وابن قسيط وأبا بكر بن حزم وربيعة أنهم كانوا

---

[422] ابن حزم: المحلى ج8 ص514.
[423] ابن حزم: السابق ج8 ص514.
[424] الطلاق: آية 2.
[425] البقرة: آية 282.
[426] ابن حزم: المحلى ج8 ص515.

يجيزون شهادة الصبيان فيما بينهم ما لم يتفرقوا وينقلبوا إلى أهليهم أو يختلفوا ويؤخذ بأول أقوالهم"[427]

"عن إبراهيم النخعي قال كانوا يستجيزون شهادة الصبيان فيما بينهم وكان إبراهيم لا يجيزها على الرجال وقاله الحسن البصري من حديث ابن مهدي عن ابن المبارك عن فضالة عن الحسن وقاله الشعبي من حديث ابن مهدي عن إسرائيل عن عيسى بن أبي عزة وقال أبو الزناد أنها السنة وقاله عمر بن عبد العزيز"[428]

في النظم الإجرائية الحديثة: تنص المادة 283 من قانون الإجراءات الجنائية المصري: "ويجوز سماع الشهود الذين لم يبلوغ أربع عشرة سنة كاملة بدون حلف يمين على سبيل الاستدلال"[429] فهذه المادة تجيز شهادة الصبيان الذين لم يبلوا أربع عشرة سنة على سبيل الاستدلال فقط أي أن شهادة الصبيان الذين هم في أقل من أربع عشرة سنة غير مسموع بها أصلاً في المحاكم الجنائية كدليل إدانة.

وقد ورد في بعض أحكام محكمة النقض المصري بشأن شهادة طفل اعتمدت عليه محكم الجنايات في الإدانة بأنه حكم شابه الفساد حيث جاء في حكم النقض: "فقد كان لزاماً على المحكمة إن هي عولت في إدانة الطاعن على تلك الأقوال أن تجري ما تراه من تحقيق استيثاقاً من قدرة الطفل على التمييز أو بحث خصائص إرادته وإدراكه العام واستجلاء لقدراته على تحمل الشهادة. أما وقد قعدت عن ذلك

---

[427] مالك بن أنس: المدونة الكبرى - ج13 ص162.

[428] ملك بن أنس: السابق - ج13 ص163.

[429] المرصفاوي: قانون الإجراءات الجنائية - ص888 نص المادة 283.

واستندت في قضائها إلى الدليل المستمد من أقوال هذا الصغير فإن حكمها يكون مشوباً بالفساد"[430]

الرأي المختار:

نرى بعد استعراض الآراء السابقة ترجيح قول المالكية ومن وافقهم من الإمامية في جواز شهادة الصبيان (ذكراناً وإناثا) في الجراح والقتل وذلك أن الشرع قد ندب "إلى تعاليم الصبيان الرمي والثقاف والصراع وسائر ما يدربهم على حمل السلاح والضرب والكر والفر وتصليب أعضائهم وتقوية أقدامهم وتعليمهم البطش والحمية والأنفة من العار والفرار ومعلوم أنهم في غالب أحوالهم يخلّون وأنفسهم في ذلك وقد يجني بعضهم على بعض فلو لم نقبل قول بعضهم على بعض لأهدرت دماؤهم وقد احتاط الشارع بحق الدماء حتى قبل فيها اللوث واليمين وإن كان لم يقبل ذلك في درهم واحد وعلى قبول شهادتهم تواطأت مذاهب السلف الصالح"[431] وإذا كانت العلة في جواز شهادة الصبيان الذكور في جريمة القتل العمد حتى لا تهدر دماؤهم فنفس العلة متوفرة في شهادة الصبيات الإناث إذ لو لم نأخذ بشهادتهم لأهدرت دماؤهن وخاصة أن هناك مدارس خاصة للبنات وهناك أماكن يجتمعن فيها بعيداً عن الكبار وقد يحدث أن يعتدين على بعضهن وتقتل إحداهن فإن لم نقبل شهادتهن على نفس الشروط

---

[430] مجدي مصطفى هرجه: شهادة الشهود ص73. الطعن رقم 61/18388 ق/جلسة 1949/1/19.

[431] ابن القيم: الطرق الحكمية/دار الكتب العلمية/بيروت/ط1415/1هـ/ص133.

والضـوابط التـي ذكرهـا العلمـاء ولا سـيما سـماع شـهادتهن وهـن مجتمعات وعلى مسرح الجريمة لأهدرت دماؤهن وهو ما يتنافي مع روح العدل الذي تنادي به الشريعة الإسلامية.

الشرط الثالث: أن تكون الشهادة صريحة مفسرة:

يـرى الفقهـاء أن تكـون الشـهادة صـريحة ومفسـرة؛ فيشـترط عنـد الشـافعية والحنابلـة أن يضـيف الشـاهدان الهـلاك إلـى فعـل المشـهود عليه:

قال في روضة الطالبين: "لتكن الشهادة على الجناية مفسرة مصرحة بـالغرض فيشـترط أن يضـيف الهـلاك إلـى فعل المشـهود عليـه ، ولـو قال ضربه فأنهر الدم أو قال جرحه أو ضـربه بالسيف فـأنهر الـدم أو فمات لم يثبت بـه شـيء أيضـا لاحتمـال المـوت بسـبب آخـر ولـو قـال جرحه فقتله أو فمات من جراحته أو أنهر دمه فمات بسبب ذلـك ثبـت القتل"[432]

وقال في الروضة أيضاً: "شـهد رجـلان علـى رجلين أنهمـا قتلا زيـدا فشــهد المشــهود عليهمــا علــى الأولــين أنهمــا قــتلاه قــال الشــافعي والأصحاب رحمهم الله يسأل الولي فإن صدق الأولين دون الآخـرين ثبت القتل على الآخرين وإن صـدق الآخـرين دون الأولـين أو صـدق الجميع أو كذب الجميع بطلت شهادة الجميع لأن الآخرين يدفعان عن أنفسهما ضررا ولأنهما عدوان للأولين"[433]

---

[432] النووي: روضة الطالبين ج10/ص32

[433] النووي: السابق ج10/ص35

قال في المهذب:" ومن شهد بالجناية ذكر صفتها فإن قال حذفه بالسيف فمات أو قال ضربه بالسيف فوجدته ميتا لم يثبت القتل بشهادته لجواز أن يكون مات من غير ضربه. وإن قال ضربه بالسيف فمات منه أو ضربه فقتله ثبت القتل بشهادته وإن قال ضربه بالسيف فأنهر دمه فمات مكانه ثبت القتل بشهادته على المنصوص لأنه إذا أنهر دمه فمات علم أنه مات من ضربه"[434]

وقال أيضاً: "وإن شهد شاهدان على رجلين أنهما قتلا فلانا وشهد المشهود عليهما على الشاهدين أنهما قتلاه فإن صدق الولي الأولين حكم بشهادتهما ويقتل الآخران لأن الأولين غير متهمين فيما شهدا به والآخران متهمان لأنهما يدفعان عن أنفسهما القتل. وإن كذب الولي الأولين وصدق الآخرين بطلت شهادة الجميع لأن الأولين كذبهما الولى والآخران يدفعان عن أنفسهما القتل. وإن كذب الولي الأولين وصدق الآخرين بطلت شهادة الجميع لأن الأولين كذبهما الولى والآخران يدفعان عن أنفسهما القتل "[435]

وقال السرخسي:"إذا شهد رجلان على رجل أنه ضرب رجلا بالسيف فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص"[436]

"وهذا لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فقد ظهر بموته هذا السبب ولم يعارضه سبب آخر فيجب إضافة الحكم إليه والروح لا يمكن أخذه مشاهدة وإنما طريق الوصول إلى إزهاق الروح هذا وهو أن

---

[434] الشيرازي: المهذب ج2/ص336

[435] الشيرازي: السابق ج2/ص339

[436] السرخسي: المبسوط - ج26 - ص 168.

يجرحه فيموت قبل أن يبرأ"[437] "يوضحه أنه لا طريق لنا إلى حقيقة معرفة كون الموت من الضربة وما لا طريق لنا إلى معرفته لا تبنى عليه الأحكام وإنما يبنى على الظاهر المعروف وهو أنه يضربه ويكون صاحب فراش بعده حتى يموت ولا ينبغي للقاضي أن يسأل الشهود هل مات من ذلك أم لا لا في العمد ولا في الخطأ لأنه لا طريق لهم إلى معرفة ذلك"[438] "وكذلك إن شهدا أنه طعنه برمح أو رماه بسهم أو نشابة فهذا كله عمد. أرأيت لو شهدا أنه ذبحه أو شق بطنه بالسكين حتى مات أما كان ذلك عمدا فكذلك ما سبق لأن الأسلحة في كونها آلة القتل سواء"[439]

وفي المبسوط في الفقه الحنفي أيضاً" وإن شهد أحدهما أنه قتله بسيف وشهد الآخر أنه طعنه برمح أو أنه ذبحه بالسكين أو شهد أحدهما أنه رماه بسهم والآخر أنه رماه بنشابة أو اختلفا في مكان القتل أو وقته أو موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة لأن الفعل يختلف باختلاف الآلة والمحل والوقت والمكان فإنه لا يحتمل التكرار ولم يوجد على كل فعل إلا شهادة شاهد واحد"[440]

واشترط الحلي توارد الشاهدين على المعنى الواحد: "توارد الشاهدين على الشئ الواحد، شرط في القبول"[441]

وفي جواهر الكلام: "(توارد الشاهدين على الشئ الواحد شرط في القبول) بلا خلاف ولا إشكال (فإن اتفقا معنى حكم بهما وإن اختلفا

437 السرخسي: السابق - ج26 - ص 168.
438 السرخسي: السابق - ج26 - ص 168.
439 السرخسي: السابق - ج26 - ص 168.
440 السرخسي: السابق ج26 - ص167
441 الحلي: شرائع الإسلام/ مؤسسة الوفاء/بيروت/ط1403/3هـ/ص921.

لفظاً) ضرورة عدم العبرة به بعد اتفاقهما في المعنى (إذ لا فرق بين أن يقولا) مثلاً: (غصب وبين أن يقول أحدهما: غصب والآخر انتزع) قهراً ظلماً"[442]

وفي لسان الحكام: "وإذا اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح لا تقبل"[443]

وفي الذخيرة: "لو شهد أحدهما بالقتل والآخر بالإقرار بالقتل، لأن القتل فعل والإقرار قول، والفعل غير القول فاختلف المشهود به. كذا لو شهدا بالقتل واختلفا في الزمان أو في المكان لأن الفعل الثاني غير الفعل الأول. وكذا: إذا اختلفا في الآلة التي كان بها القتل لا تقبل"[444]

وفي النظام الإجرائي الوضعي: "يجب أن يكون موضوع الشهادة لا يخرج عما سمعه الشاهد أو رآه أو أدركه بإحدى حواسه، إذ لا يمتد إلى إبداء رأيه أو تحديد مسئوليته المتهم كما لا يجوز الشهادة في واقعة ليس لها أهمية بالدعوى"[445]

---

[442] النجفي: محمد حسن النجفي: جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ـ مؤسسة المرتضى العالمية ـ بيروت ـ ط1 ـ 1412هـ ـ 1992م ـ ج14 ـ ص422.

[443] ابن الشحنة الحنفي: لسان الحكام في معرفة الأحكام/مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده/مصر/مطبوع في كتاب واحد مع معين الحكام للطرابلسي ـ ط2 ـ 1393هـ ـ 1973م ـ ص247.

[444] ابن الشحنة الحنفي: لسان الحكام في معرفة الأحكام ـ ص247.

[445] عبد العزيز سليم: الموسوعة الذهبية في الإثبات الجنائي ـ ص339.

(أ) الشهادة على الشهادة:

الشهادة على الشهادة تسمى شهادة النقل أو الشهادة بالسماع أي لو أن شاهدين شهدا على شاهدين أنهما قالا لهما أن المتهم قتل المجني عليه. فهل يأخذ القاضي الجنائي بهذه الشهادة؟
لقد اختلف الفقهاء جواز قبول الشهادة على الشهادة في إثبات جريمة القتل العمد على النحو التالي:

الرأي الأول: لا تجوز الشهادة على الشهادة في القصاص والحدود:

وهذا الرأي قال به أبو حنيفة وأصحابه والنخعي والشعبي والحنابلة على الرواية الأظهر كما ذكر ابن قدامة:
قال في لسان الحكام: "الشهادة على الشهادة جائزة في الأقارير والحقوق وأقضية القضاة وكتبهم وكل شيء إلا في الحدود والقصاص"[446]
قال في البحر الرائق: "وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص"[447]
قال في درر الحكام:"يشترط أن تكون الشهادة عل الشهادة في حقوق غير الحدود والقصاص ولو كانت وقفاً لذلك لا تجوز الشهادة على

---

[446] ابن الشحنة: لسان الحكام ـ مطبعة بابي الحلبي ـ ط2 ـ 1393م ـ ص248.
[447] ابن نجيم: البحر الرائق ـ دار المعرفة ـ بيروت ـ ج7ص120

الشـهادة فـي الحـدود والقصـاص لأنـه توجـد فـي هـذه شـبهة البـدل والحدود والقصاص تدرأ بالشبهات"[448]

قال الخرقي: "مسألة قال: وشهادة العدل على شهادة العدل جائزة في كل شيء إلا في الحدود إذا كان الشاهد الأول ميتا أو غائبا"[449] وقال ابن قدامة: "وظاهر كلام أحمد أنها لا تقبل في القصاص أيضا ولا حد القذف لأنه قال إنما تجوز في الحقوق أما الدماء والحد فلا وهذا قول أبي حنيفة"[450]

قال في الكافي في الفقه الحنبلي: " ولا يقبل في حد الله تعالى لأن مبناه على الدرء بالشبهات وهذه لا تخلو من شبهة ولهذا اشترطنا لها عدم شهود الأصل وظاهر، كلام أحمد أنها لا تقبل في قصاص ولا حد قذف لأنه عقوبة فأشبه سائر الحدود ونص على قبولها في الطلاق لأنه لا يدرأ بالشبهات فيخرج من هذا وجوب قبولها في كل ما عدا الحدود والقصاص"[451]

الرأي الثاني: تقبل الشهادة على الشهادة في القصاص ولا تقبل في الحدود:

هذا الرأي قال به الإمامية، والشافعية: **قال في فقه الإمامية**: "الشهادة على الشهادة: وهي مقبولة في حقوق الناس، عقوبة كانت

[448] علي حيدر: در الحكام شرح مجلة الأحكام ـ تعريب المحامي فهمي الحسيني ـ مج4 ـ ص438.
[449] ابن قدامة: المغني ـ ج12 ـ ص86.
[450] ابن قدامة: السابق ـ ج12 ـ ص87.
[451] ابن قدامة: الكافي ـ المكتب الإسلامي ـ بيروت ـ ج4 ص 550.

كالقصـاص، أو غيـر عقوبـة كـالطلاق والنسـب والعتـق، أو مـالاً كـالقراض والقرض وعقود المعاوضـات، أو مـالا يطلـع عليـه غالبـاً كعيـوب النسـاء والـولادة والاسـتهلال. ولا يقبـل فـي الحـدود، سـواء كانت لله محضاً كحد الزنا واللواط والسحق، أو مشتركة كحد السرقة والقذف على خلاف فيهما"[452]

وسبب عدم قبول الشهادة على الشهادة في الحدود:

ورود خبرين كما ذكر صاحب كتاب الشهادات في الفقه الإمامي:

الخبر الأول: "(1) طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عن أبيـه عن علـي عليهم السلام: أنه كان لا يجيز شهادة على شهادة في حد"[453]

الخبر الثاني: "(2) غياث بن إبراهيم عن الصادق عن أبيه قال: قال: "لا تجوز شهادة على شهادة في حد"[454]

قال في روضة الطالبين: " في الشهادة على الشـهادة هـي مقبولـة فـي غير العقوبات، كالأموال والأنكحة، والبيع، وسائر العقود، والفسوخ، والطلاق، والعتاق، والرضاع، والولادة، وعيوب النسـاء، سـواء حـق الآدمـي وحـق الله تعـالى كالزكـاة، ووقـف المسـاجد والجهـات العامـة. وأما العقوبات فالمذهب القبول في القصـاص وحـد القذف والمنـع فـي حدود الله تعالى"[455]

قال في مغني المحتاج: "لكنهـا إنمـا تقبـل فـي غيـر عقوبـة لله تعـالى، وغير إحصان كالأقـارير، والعقود، والفسـوخ، والرضـاع، والـولادة،

---

[452] المحقق الحلي: شرائع الإسلام ـ ص919.

[453] الكلبايكـاني: محمـد رضـا الموسـوي: كتـاب الشـهادات ـ بقلـم السيد علـى الحسيني الميلاني ـ مطبعة سيد الشهداء ـ قم ـ ط1 ـ 1405هـ ص346.

[454] الكلبايكاني: كتاب الشهادات ـ 1405هـ ص346.

[455] النووي: روضة الطالبين ـ ص1985، ص1986.

وعيوب النساء، سواء فيه حق الآدمي وحق الله تعالى كالزكاة ووقف المساجد والجهات العامة وهلال رمضان للصوم وذي الحجة للحج. وفي إثبات عقوبة لآدمي على المذهب كالقصاص وحد القذف. أما العقوبة لله تعالى كالزنا وشرب الخمر فلا يقبل فيها الشهادة على الشهادة على الأظهر. وخرج منها قول في عقوبة الآدمي ودفع التخريج بأن حق الله تعالى مبني على التخفيف بخلاف حق الآدمي فلذلك عبر المصنف فيه بالمذهب "[456]

الرأي الثالث: تجوز الشهادة على الشهادة في القصاص والحدود:

وهذا رأي أبي ثور والمالكية والظاهرية:
قال ابن عبد البر: "الشهادة على الشهادة عند مالك جائزة في الحدود والقصاص والجراح والعتق والنكاح والطلاق والأموال وجميع الحقوق كلها"[457]
وبهذا الرأي قال الظاهرية: جاء في المحلى: " مسألة: وتقبل الشهادة على الشهادة في كل شيء "[458] ورد ابن حزم على من فرق بين الحد والقصاص وغير من سائر الحقوق: " تخصيص حد أو غيره لا يجوز إلا بنص ولا نص في ذلك"[459]

---

[456] مغني المحتاج ج4 ص453
[457] ابن عبد البر: الكافي - ص466.
[458] ابن حزم: المحلى - ج8 ص540
[459] ابن حزم: السابق - ج8 ص542.

الشهادة على الشهادة في القانون الوضعي:

هناك اختلاف بين فقهاء القانون الجنائي الوضعي حول إمكانية الحكم بالشهادة النقلية وهو نفس الخلاف الذي عرضناه حول اختلاف فقهاء المذاهب الإسلامية حول مشروعية الحكم بالشهادة على الشهادة. يقول أحد فقهاء القانون الجنائي حول الشهادة السماعية: "تسمى شهادة من علم بالأمر من الغير شهادة سماعية إذ في هذه الحالة لا يشهد الشخص بما رآه أو سمعه مباشرة، وإنما يشهد بما سمعه رواية عن الغير، فيشهد مثلاً أنه سمع شخصاً يروي واقعة معينة، وبطبيعة الحال تعتبر الشهادة غير المباشرة أقل من الشهادة الأصلية المباشرة، ويقدر القاضي مدى قيمتها في الإثبات"[460]

"**وقد قيل بأن هذه الشهادة لا يعول عليها** لأنها لا تنشأ عن إدراك مباشر، ولا يخفى أن الأخبار كثيراً ما تتغير عند النقل. على أن القول بعد قبول شهادة السماع يجب ألا يؤخذ على إطلاقه فإذا مات الشاهد الأصلي الذي شاهد الأمر بنفسه أو استحال سماع شهادته لأي سبب آخر يصح للقاضي أن يأخذ بشهادة من سمع منه مباشرة إذا كان عدلاً في جريمة قتل الروح قبل أن يصل المحقق، ولكنه يكون قبل ذلك قد قال عن الجاني لمن حضروا على استغاثته أو قبل حضور المحقق فيصح للقاضي أن يأخذ بشهادة هؤلاء متى اعتقد صحتها من باقي ظروف الدعوى وملابساتها والقانون لم ينص على

---

[460] مصطفى مجدي هرجة (المستشار): شهادة الشهود في المجالين الجنائي والمدني في ضوء قانون 18 لسنة 1999م - دار الفكر والقانون - المنصورة - مصر ص18.

عدم الأخذ بشهادة المسامع لذلك يمكن الأخذ بها إذا اقتنع بها اقتناعاً تاماً واستحال سماع الشاهد الأصلي"[461]

الرأي المختار:

بعد عرض الآراء السابقة أرى رجحان رأي الأحناف الذين لا يجيزون الشهادة على الشهادة في القصاص والحدود درءاً للشبهات وصيانة للدماء، وفي هذه الحالة إذا اقتنع القاضي الجنائي بالشهادة النقلية في جريمة القتل العمد معضدة بقرائن أخرى فأرى ألا يحكم على المتهم بالقصاص درءاً للشبهة ولكن للقاضي أن يحكم على المتهم بالدية المقررة في الفقه الجنائي الإسلامي.

(ب) قضاء القاضي بعلمه الشخصي:

مقدمة: إذا توافرت لدى القاضي معلومات شخصية في الدعوى، كان قد شهد وقوع حادثة من الحوادث ثم رفعت إليه للنظر فيها، فهل يجوز له الحكم اعتماداً على هذه المعلومات التي حصل عليها خارج الجلسة وفي غير نطاق المرافعات والمناقشات التي جرت فيها؟
في هذا الصدد توجد بوجه عام مدرستان في الفقه الإسلامي: الأولى تنادي بعدم جواز أن يحكم القاضي بعلمه أصلاً سواء في حقوق الله أو حقوق العباد، والثانية ترى جواز ذلك وفي داخل المدرسة الثانية

---

[461] مصطفى مجدي هرجة: شهادة الشهود - ص18.

يوجد ثلاث اتجاهات: الأول: هو يذهب إلى جواز قضاء القاضي بعلمه في سائر الحقوق سواء ما كان منها حقاً خالصاً للعبد أو حقاً مشتركاً بينهما، علم ذلك في زمان ولايته أو قبله في مصره الذي يقضي فيه أو في غيره. الثاني: فيرى أن القاضي لا يقضي بعلمه في الحدود التي هي حق خالص لله ويقضي بعلمه فيما عداها سواء على هذا زمن الولاية أو قبلها في مصرها أو في غير مصرها. أما الاتجاه الثالث: فيقصر حكم القاضي على ما علمه في زمان الولاية في مصرها.

المدرسة الأولى: عدم جواز أن يحكم القاضي بعلمه الشخصي:

يرى أنصار هذه المدرسة أنه ليس للقاضي أن يحكم بعلمه في أي حق من الحقوق، تستوي في ذلك حقوق الله وحقوق الآدميين. وإلى هذا ذهب مالك وأحمد في المشهور عنه والشافعي في أحد قوليه.[462]
قال في تبصرة الحكام: "فقال مالك وابن القاسم: لا يحكم بعلمه في ذلك. وقال عبد المالك: يحكم وعليه قضاة المدينة، ولا أعلم أن مالكاً قال غيره. وبه قال مطرف وسحنون وأصبغ، والأول هو المشهور"[463] يقصد ابن فرحون الأشهر هو قول مالك وابن القسم

[462] ابن قدامة: المغني ج11 ص401. الشوكاني: نيل الأوطار: ج8 ص298. الأم: ج6 ص223، ج7 ص103. ابن رشد: بداية المجتهد: ج2 ص470. ابن فرحون: تبصرة الحكام: ج2 ص25. مالك: المدونة: ج14 ص394. ابن القيم: الطرق الحكمية: ص194.
[463] ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام/دار الكتب العلمية/ بيروت - ط1 - 1422هـ - ج2 ص49.

القائل بألا يحكم القاضي بعلمه. لذلك قال تعليقاً على رأي عبد الملك وسحنون: "قال الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن في مسائله: قول ابن القاسم أصح لفساد الزمان، ولو أدرك عبد الملك وسحنون زماننا لرجعا عما قالاه، لو أخذ بقولهم لذهبت أموال الناس وحكم عليهم بما لم يقروا به"[464]

جاء في المعيار المعرب " وسئل أبو بكر بن مغيث عن قول مالك: لا يقضي القاضي بعلمه. فأجاب: إنما رأى ذلك مالك لأنه لا يجوز إنفاذ حكم إلا بعد الإعذار، والقاضي إذا قضى بعلمه لا يجوز له أن يقول إنني علمت هذا الحق قبله فأعذرت إليه في نفسي فلم يأت فيه بمدفع فيكون ذلك خلافاً لنص الكتاب قال الله تعالى: (وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء إن الله لا يحب الخائنين)[465] فهذا وجه من الإعذار"[466]

وفي المذهب الحنبلي: قال الخرقي: (ولا يحكم الحاكم بعلمه) ظاهر المذهب أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها. وهذا قول شريح والشعبي ومالك وإسحاق وأبي عبيد ومحمد بن الحسن وهو أحد قولي الشافعي"[467]

ودليلهم في ذلك:

(أ) قوله تعالى:

---

[464] ابن فرحون: تبصرة الحكام - ج2 ص49.

[465] الأنفال: آية 58.

[466] الونشريسي: المعيار المعرب/تحقيق د. محمد حجي/دار الغرب الإسلامي/بيروت/ج10 ص68.

[467] بان قدامة: المغني: دار الكتاب العربي - بيروت - ج11 ص400.

(وَالَّـذِينَ يَرْمُـونَ الْمُحْصَـنَاتِ ثُـمَّ لَـمْ يَـأْتُوا بِأَرْبَعَـةِ شُـهَدَاءَ فَاجْلِـدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ)[468]

وجـه الدلالـة: لقد أمر الله سبحانه وتعـالى بجلدهم إذا لـم يـأتوا ببينـة، وإن علم القاضي صدقهم.

(ب) وما أخرجه مسلم عن ابن عباس في قصة الملاعنة:

قَـالَ النَّبِـىُّ -صـلى الله عليـه وسلم- « لَـوْ كُنْـتُ رَاجِمًـا أَحَدًا بِغَيْـرِ بَيِّنَـةٍ لَرَجَمْتُهَا »[469]

وجه الدلالة: ظاهر الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم علم وقوع الزنا من هذه المرأة ولم يرجمها لعدم البينة على زناها، فدل هذا على عدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي.

(ج) وحـديث أُمِّ سَلَمَةَ - رضـى الله عنهـا - أَنَّ رَسُـولَ اللَّهِ - صـلى الله عليه وسلم - قَالَ « إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَىَّ ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَلْحَنُ بِحُجَّتِـهِ مِنْ بَعْضٍ ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَـهُ بِحَقِّ أَخِيـهِ شَيْئًا بِقَوْلِـهِ ، فَإِنَّمَـا أَقْطَـعُ لَـهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ فَلاَ يَأْخُذْهَا »[470]

وجه الدلالة: في هذا الحديث بين النبي صـلى الله عليـه وسـلم إنـه إنمـا يبني حكمه على ما سمعه من حجج الخصمين لا علـى مجرد علمـه الشخصي.

(د) حديث الأشعث بن قيس الكندي:

---

[468] النور: آية 4.

[469] مسلم: الحديث رقم 3833.

[470] البخاري: الحديث رقم 2680.

"انَ بَيْنِى وَبَيْنَ رَجُلٍ خُصُومَةٌ فِى شَىْءٍ ، فَاخْتَصَمْنَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - فَقَالَ شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ "[471]

وجه الدلالة في هذا الحديث أنه قد أفاد أن الإثبات لا يكون إلا بالشاهدين أو اليمين، ودل هذا على أن علم القاضي لا يجوز القضاء به لأنه ليس واحداً منهما (الشهادة أو اليمين).

(هـ) حديث عيسى بن مريم عليه السلام:

عَنْ أَبِى هُرَيْرَةَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « رَأَى عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ عَلَيْهِ السَّلاَمُ رَجُلاً يَسْرِقُ فَقَالَ لَهُ أَسَرَقْتَ قَالَ لاَ وَاللَّهِ الَّذِى لاَ إِلَهَ إِلاَّ هُوَ. قَالَ عِيسَى عَلَيْهِ السَّلاَمُ آمَنْتُ بِاللَّهِ وَكَذَّبْتُ بَصَرِى »[472]

وجه الدلالة: ففي هذا الحديث لم يعمل عيسى عليه السلام بعلمه الشخصي وقبل يمين السارق مع أنه كاذب يقيناً. فلو كان القضاء بالعلم الشخصي مشروعاً لأقام عليه حد السرقة.

(و) قصة أبي جهم بن حذافة:

عَنْ عُرْوَةَ عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ النَّبِىَّ -صلى الله عليه وسلم- بَعَثَ أَبَا جَهْمِ بْنَ حُذَيْفَةَ مُصَدِّقًا فَلاَجَّهُ رَجُلٌ فِى صَدَقَتِهِ فَضَرَبَهُ أَبُو جَهْمٍ فَشَجَّهُ فَأَتَوُا النَّبِىَّ -صلى الله عليه وسلم- فَقَالُوا الْقَوَدَ يَا رَسُولَ اللَّهِ. فَقَالَ النَّبِىُّ -صلى الله عليه وسلم- « لَكُمْ كَذَا وَكَذَا ». فَلَمْ يَرْضَوْا فَقَالَ « لَكُمْ كَذَا وَكَذَا ». فَلَمْ يَرْضَوْا فَقَالَ « لَكُمْ كَذَا وَكَذَا ». فَرَضُوا. فَقَالَ النَّبِىُّ -صلى الله عليه وسلم- « إِنِّى خَاطِبٌ الْعَشِيَّةَ عَلَى النَّاسِ وَمُخْبِرُهُمْ بِرِضَاكُمْ ». فَقَالُوا نَعَمْ. فَخَطَبَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه

[471] البخاري: الحديث رقم 2670.
[472] النسائي: سنن النسائي الحديث رقم 5444.

وسلم- فَقَالَ « إِنَّ هَؤُلاَءِ اللَّيْثِيِّينَ أَتَوْنِى يُرِيدُونَ الْقَوَدَ فَعَرَضْتُ عَلَيْهِمْ كَذَا وَكَذَا فَرَضُوا أَرَضِيتُمْ ». قَالُوا لاَ. فَهَمَّ الْمُهَاجِرُونَ بِهِمْ فَأَمَرَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- أَنْ يَكُفُّوا عَنْهُمْ فَكَفُّوا ثُمَّ دَعَاهُمْ فَزَادَهُمْ فَقَالَ « أَرَضِيتُمْ ». فَقَالُوا نَعَمْ. قَالَ « إِنِّى خَاطِبٌ عَلَى النَّاسِ وَمُخْبِرُهُمْ بِرِضَاكُمْ ». قَالُوا نَعَمْ. فَخَطَبَ النَّبِىُّ -صلى الله عليه وسلم- فَقَالَ « أَرَضِيتُمْ ». قَالُوا نَعَمْ."[473]

وجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحكم بعلمه مع أنه عرضه عليهم أول الأمر، فلو كان القضاء بمجرد العلم جائزاً لما اعتبر النبي صلى الله عليه وسلم إنكارهم ولحكم عليهم بمقتضى علمه الشخصي.

(ز) وما روي عن أبي بكر رضي الله عنه:

عَنِ ابْنِ أَبِى ذِئْبٍ عَنِ الزُّهْرِىِّ قَالَ قَالَ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ رَضِىَ اللَّهُ عَنْهُ : لَوْ وَجَدْتُ رَجُلاً عَلَى حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ لَمْ أَحُدَّهُ أَنَا وَلَمْ أَدْعُ لَهُ أَحَدًا حَتَّى يَكُونَ مَعِى غَيْرِى"[474]

وجه الدلالة: أن هذا نص صريح في أن أبا بكر لا يرى جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي.

(ح) "عَنْ عِكْرِمَةَ : أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِىَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ : أَرَأَيْتَ لَوْ رَأَيْتَ رَجُلاً قَتَلَ أَوْ سَرَقَ أَوْ زَنَى. قَالَ : أَرَى شَهَادَتَكَ شَهَادَةَ رَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ. قَالَ : أَصَبْتَ"[475]

---

[473] أبو داود: سنن أبي داود الحديث رقم 4536.

[474] البيهقي: السنن الكبرى الحديث رقم 21009.

[475] البيهقي: السابق الحديث رقم 21010.

وجه الدلالة أن هذا نص صريح عن عمر أنه لا يجوز له أن يقضي بعلمه الشخصي.

يقول ابن القيم في التعليق على الخبرين السابقين: "وهذا من كمال فقه الصحابة رضي الله عنهم، فإنهم أفقه الأمة وأعلمهم بمقاصد الشرع وحكمه. فإن التهمة مؤثرة في باب الشهادات والأقضية، وطلاق المريض وغير ذلك/ فلا تقبل شهادة السيد لعبده، ولا العبد لسيده، ولا شهادة الوالد لوده، وبالعكس، ولا شهادة العدو على عدوه. ولا يقبل حكم الحاكم لنفسه. ولا ينفذ حكمه على عدوه. ولا يصح إقرار المريض مرض الموت لوارثه ولا الأجنبي، عند مالك إذا قامت شواهد التهمة. ولا تمنع المرأة الميراث بطلاقه لها لأجل التهمة، ولا يقبل قول المرأة على ضرتها أنها أرضعتها - إلى أضعاف ذلك مما يرد ولا يقبل للتهمة"[476]

(ط) وأخيراً يستند أنصار هذه المدرسة إلى القول أن قضاء القاضي بعلمه يكون كما في الدعوى بدون بينة ولا يمين. فوجب ألا يصح لأن الشرع الحكيم قد الحكم بأحدهما، ولأن تجويز قضاء القاضي بعلمه الشخصي يفضي إلى الحكم بما اشتهي، ويحيله إلى علمه! فهذا وإن كان لا يصدر إلا عمن ضعف إيمانه، ولم يراقب الله فيما يقوم به، إلا أن التفرقة بين من يتصور صدور ذلك منه، ومن لا يتصور؛ أمر يتعذر لأن العلم بخفايا النفوس خاص بالله وحده، فوجب القضاء بعدم اعتبار العلم الشخصي للقاضي سداً للذريعة.

---

[476] ابن القيم: الطرق الحكمية - ص154.

المدرسة الثانية: يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه:

هذه المدرسة تضم ثلاثة اتجاهات: **الاتجاه الأول**: يذهب إلى جواز قضاء القاضي بعلمه في سائر الحقوق سواء ما كان منها حقاً خالصاً لله أو حقاً خالصاً للعباد أو حقاً مشتركاً بينهما، علم ذلك زمان ولايته أو قبله في مصره الذي يقضي فيه أو في غيره.

والاتجاه الثاني: يرى أن القاضي لا يقضي بعلمه في الحدود التي هي حق خالص لله ويقضي بعلمه فيما عداها سواء علم هذا زمان الولاية أو قبلها في مصرها أو غيرها.

الاتجاه الثالث: يقضي القاضي بعلمه الشخصي على ما علمه في زمان الولاية في مصرها وذلك فيما عدا الحقوق الخالصة لله تعالى فهذه لا يجوز له أن يقضي فيها بعلمه.

نشرع الآن في تفصيل هذه الاتجاهات على النحو التالي:

الاتجاه الأول:

(جواز قضاء القاضي بعلمه في سائر الحقوق)

يذهب إلى جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي في سائر الحقوق سواء ما كان منها حقاً خالصاً لله تعالى كالحدود أو حقاً خالصاً للعبد كالأموال أو حقاً مشتركاً كالقصاص وحد القذف، علم بذلك في زمان ولايته أو قبله، في مصره الذي يقضي فيه أو في غيره، وهذا هو اتجاه الشافعي في المشهور عنه، وبعض المالكية، وأحمد في رواية عنه، وأهل الظاهر والشيعة الإمامية في الصحيح من مذهبهم.

وفي فقه الإمامية؛ قال الحلي: "الإمام عليه السلام يقضي بعلمه مطلقاً، وغيره من القضاة يقضي بعلمه في حقوق الناس"[477]

أما إذا كان الحق خالصاً لله تعالى كالحدود فإن هناك روايتين لغير الإمام من القضاة كما قال في شرائع الإسلام: "وفي حقوق الله سبحانه، على قولين أصحهما القضاء. ويجوز له أن يحكم في ذلك كله من غير حضور شاهد يشهد الحكم"

قال ابن قدامة في تعليقه على مسألة الخرقي (لا يحكم الحاكم بعلمه) أن هناك رواية أخرى عن أحمد أي يجوز للحاكم أن يقضي بعلمه: "وعن أحمد رواية أخرى يجوز له ذلك وهو قول أبي ثور"[478]

يقول ابن حزم: "وفرض على الحاكم أن يحكم بعلمه في الدماء والقصاص والأموال والفروج والحدود وسواء علم ذلك قبل ولايته أو بعد ولايته وأقوى ما حكم بعلمه لأنه يقين الحق ثم بالإقرار ثم بالبينة"[479]

أدلة القائلين بهذا الرأي:

(1) قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيّاً أَوْ فَقِيراً فَاللَّهُ أَوْلَى بِهِمَا فَلا تَتَّبِعُوا الْهَوَى أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيراً)[480]

---

[477] الحلي: شرائع الإسلام ـ مؤسسة الوفاء ـ بيروت ـ ط3 ـ 1403هـ ـ ص86.

[478] ابن قدامة: المغني ـ ج11 ص400.

[479] ابن حزم: المحلى بالآثار ـ تحقيق دكتور عبد الغفار سليمان البنداري ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ ج8 ـ ص523.

[480] النساء: آية 135.

وجه الدلالة في هذه الآية أن الله سبحانه وتعالى أمر المؤمنين عامة بالقوامة وبالقسط ، والحاكم من جملتهم، وليس من القسط أن يعلم الحاكم أن أحد الخصمين مظلوم والآخر ظالم ويترك كلاً منهم على حاله. فمن واجب الإنسان أن يقيم العدل حسب مقدرته، وليس من العدل في شئ أن يعلم القاضي بحق على شخص لله تعالى أو لإنسان ثم لا يستوفي منه هذا الحق.

يقول صاحب المحلى: " وليس من القسط أن يترك الظالم على ظلمه لا يغيره، وأن يكون الفاسق يعلن الكفر بحضرة الحاكم والإقرار بالظلم والطلاق ثم يكون الحاكم يقره مع المرأة ويحكم لها بالزوجية والميراث فيظلم أهل الميراث حقهم"[481]

(2) كما احتجوا بـ:(الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ)[482] (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ)[483]

وجه الدلالة من هاتين الآيتين أنهما أو جبتا على من علم أن شخصاً ارتكب الأسباب الموجبة للزنا والسرقة أن يقيم الحد عليه إذا كان ممن يملك إقامتها، والقاضي بحكم مركزه له ولاية إقامة الحدود فكان مأموراً بذلك، وإذا كان له أن يقضي بعلمه في الحدود كما يفهم من هاتين الآيتين، فله أن يقضي بعلمه في الحقوق الخالصة للعباد أو المشتركة كالأموال والقصاص.

(3) يستندون إلى حديث أبي سعيد الخدري:

---

[481] ابن حزم: المحلى - ج8 ص526.

[482] النور: آية 2.

[483] المائدة: آية 38.

سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- يَقُولُ « مَنْ رَأَى مِنْكُمْ مُنْكَرًا فَلْيُغَيِّرْهُ بِيَدِهِ فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِلِسَانِهِ فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِقَلْبِهِ وَذَلِكَ أَضْعَفُ الإِيمَانِ »[484]

وجه الدلالة من هذا الحديث أن فيه أمراً لك مسلم بتغيير كل منكر يقدر على تغييره، والقاضي يدخل في عموم هذا الحديث دخولاً أولياً، ومن المنكر الذي لا أشد منه أن يترك من رآه يرتكب ما حرم الله بحجة أنه لم تقم عليه عنده بينة، مع أنه قادر على تغيير ذلك، فعدم تجويز القضاء بالعلم إهدار لهذا الحديث الشريف.

قال ابن حزم: "والحاكم إن لم يغير ما رأى من المنكر حتى تأتي البينة على ذلك فقد عصى رسول الله صلى الله عليه وسلم"[485]

فصح أن فرضا عليه أن يغير كل منكر علمه بيده وأن يعطي كل ذي حق حقه وإلا فهو ظالم

(4) ما أخرجه الحاكم من حديث عطاء بن السائب عن ابن أبي يحيى بن الأرج عن أبي هريرة قال: "جاء رجلان يختصمان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للمدعي أقم البينة فلم يقمها. فقال للآخر: احلف، فحلف بالله الذي لا إله إلا هو ماله عنده شئ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل هو عندك، ادفع إليه حقه، ثم قال شهادتك أن لا إله إلا الله كفارة يمينك"[486]

---

484 مسلم: الحديث رقم 186.

485 ابن حزم: المحلى - ج8 ص 527.

486 الشوكاني: نيل الأوطار - ج8 ص241.

وجه الدلالة من هذا الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم قضى بعلمه بعد وقوع السبب الشرعي وهو اليمين، فالأولى جواز القضاء بالعلم بعد وقوعه.

(5) "عَنْ عَلْقَمَةَ بْنِ وَائِلٍ عَنْ أَبِيهِ قَالَ جَاءَ رَجُلٌ مِنْ حَضْرَمَوْتَ وَرَجُلٌ مِنْ كِنْدَةَ إِلَى النَّبِىِّ -صلى الله عليه وسلم- فَقَالَ الْحَضْرَمِىُّ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ هَذَا قَدْ غَلَبَنِى عَلَى أَرْضٍ لِى كَانَتْ لأَبِى. فَقَالَ الْكِنْدِىُّ هِىَ أَرْضِى فِى يَدِى أَزْرَعُهَا لَيْسَ لَهُ فِيهَا حَقٌّ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- لِلْحَضْرَمِىِّ « أَلَكَ بَيِّنَةٌ ». قَالَ لاَ. قَالَ « فَلَكَ يَمِينُهُ ». قَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ الرَّجُلَ فَاجِرٌ لاَ يُبَالِى عَلَى مَا حَلَفَ عَلَيْهِ وَلَيْسَ يَتَوَرَّعُ مِنْ شَىْءٍ. فَقَالَ « لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلاَّ ذَلِكَ » فَانْطَلَقَ لِيَحْلِفَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- لَمَّا أَدْبَرَ « أَمَا لَئِنْ حَلَفَ عَلَى مَالِهِ لِيَأْكُلَهُ ظُلْمًا لَيَلْقَيَنَّ اللَّهَ وَهُوَ عَنْهُ مُعْرِضٌ "[487]

وجه الدلالة من هذا الحديث أن لفظ بينة شامل لكل ما يبين الحق ويظهره وعلم القاضي يحقق هذا الغرض فكان داخلاً في مسمى البينة المنصوص عليها في هذا الحديث.

(6) حديث سعد بن الأطول: عَنْ أَبِى نَضْرَةَ عَنْ سَعْدِ بْنِ الأَطْوَلِ أَنَّ أَخَاهُ مَاتَ وَتَرَكَ ثَلاَثَمِائَةِ دِرْهَمٍ وَتَرَكَ عِيَالاً فَأَرَدْتُ أَنْ أُنْفِقَهَا عَلَى عِيَالِهِ فَقَالَ النَّبِىُّ -صلى الله عليه وسلم- « إِنَّ أَخَاكَ مَحْبُوسٌ بِدَيْنِهِ فَاقْضِ عَنْهُ ». فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ فَقَدْ أَدَّيْتُ عَنْهُ إِلاَّ دِينَارَيْنِ ادَّعَتْهُمَا امْرَأَةٌ وَلَيْسَ لَهَا بَيِّنَةٌ. قَالَ « فَأَعْطِهَا فَإِنَّهَا مُحِقَّة"[488]

وجه الدلالة أن هذا الحديث يدل على جواز اعتماد القاضي في الحكم

---

[487] مسلم: الحديث رقم 375.

[488] أحمد: مسند أحمد الحديث رقم 20609.

علـى مجـرد علمـه، لأن النبـي صـلى الله عليـه وسـلم قـد حكـم لهـا بالدينارين، ولم يطلب منها بينة على ذلك، بل جعل مستنده في الحكم: علمه بصدقها.

(7) قصة هند بنت عتبة زوجها:

عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ هِنْدَ بِنْتَ عُتْبَةَ قَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ ، وَلَيْسَ يُعْطِينِى مَا يَكْفِينِى وَوَلَدِى ، إِلاَّ مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهْوَ لاَ يَعْلَمُ فَقَالَ « خُذِى مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ "[489]

وجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم لها أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها ويكفي ولدها، وقد اعتمد في حكمه على علمه بصحة ما ادعته، ولذا لم يسألها البينة على دعواها، ولم يحضر الزوج ويسأله عن الدعوى، وهذا ظاهر الدلالة على جواز قضاء القاضي بعلمه.

(8) حديث خزيمة بن ثابت:

"عَنِ الزُّهْرِىِّ عَنْ عُمَارَةَ بْنِ خُزَيْمَةَ أَنَّ عَمَّهُ حَدَّثَهُ وَهُوَ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِىِّ -صلى الله عليه وسلم- أَنَّ النَّبِىَّ -صلى الله عليه وسلم- ابْتَاعَ فَرَسًا مِنْ أَعْرَابِىٍّ فَاسْتَتْبَعَهُ النَّبِىُّ -صلى الله عليه وسلم- لِيَقْضِيَهُ ثَمَنَ فَرَسِهِ فَأَسْرَعَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- الْمَشْىَ وَأَبْطَأَ الأَعْرَابِىُّ فَطَفِقَ رِجَالٌ يَعْتَرِضُونَ الأَعْرَابِىَّ فَيُسَاوِمُونَهُ بِالْفَرَسِ وَلاَ يَشْعُرُونَ أَنَّ النَّبِىَّ -صلى الله عليه وسلم- ابْتَاعَهُ فَنَادَى الأَعْرَابِىُّ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- فَقَالَ إِنْ كُنْتَ مُبْتَاعًا هَذَا الْفَرَسَ وَإِلاَّ بِعْتُهُ. فَقَامَ النَّبِىُّ -صلى الله عليه وسلم- حِينَ سَمِعَ نِدَاءَ الأَعْرَابِىِّ

[489] البخاري: الحديث رقم 5364.

فَقَالَ « أَوَلَيْسَ قَدِ ابْتَعْتُهُ مِنْكَ ». فَقَالَ الأَعْرَابِىُّ لاَ وَاللَّهِ مَا بِعْتُكَهُ. فَقَالَ النَّبِىُّ -صلى الله عليه وسلم- « بَلَى قَدِ ابْتَعْتُهُ مِنْكَ ». فَطَفِقَ الأَعْرَابِىُّ يَقُولُ هَلُمَّ شَهِيدًا. فَقَالَ خُزَيْمَةُ بْنُ ثَابِتٍ أَنَا أَشْهَدُ أَنَّكَ قَدْ بَايَعْتَهُ. فَأَقْبَلَ النَّبِىُّ -صلى الله عليه وسلم- عَلَى خُزَيْمَةَ فَقَالَ « بِمَ تَشْهَدُ ». فَقَالَ بِتَصْدِيقِكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ. فَجَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- شَهَادَةَ خُزَيْمَةَ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ"[490]

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم قد حكم بعلمه، وإذا كان الحكم بالعلم للنفس جائزاً فإنه يجوز للغير من باب أولى لأن ذلك أبعد عن التهمة.

(9) ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن القاضي يحكم بالشاهدين وهذا حكم بغلبة الظن، وإذا جاز له الحكم بغلبة الظن فحكمه بما تحققه وقطع به أولى، وذلك لأن العلم أقوى دلالة من الظن المستفاد من شهادة الشهود أو الإقرار. كذلك فإن القاضي يحكم بعلمه في تعديل الشهود وجرحهم، وعلى هذا يجوز له الحكم بعلمه في ثبوت الحق وعلمه، فالتزكية حاصلة لحاكم بتوليته الحكم، فلا وجه للتهمة وسوء الظن به، ولذا انعقد الإجماع على جواز حكمه بعلمه في تعديل الشهود وتجريحهم فكذا هذا، إذ لا وجه للتفرقة، وقبول حكمه بمقتضى علمه في البعض، ورده في البعض الآخر من غير دليل يدل ذلك على تحكم ظاهر.

الاتجاه الثاني:

---

[490] أبو داود: الحديث رقم 3609.

(يجوز أن يحكم القاضي بعلمه في حقوق العباد الخالصة أو المشتركة بين حقوق الله وحقوق العباد):

يرى أنصار هذا الرأي أنه يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه في حقوق الآدميين الخالصة وفيما هو مشترك بين الله وبين العبد، سواء علم هذا زمان ولايته أو قبلها في البلد الذي ولي قضاءها أو في غيرها. أما إذا كان حقاً خالصاً لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة وقطع الطريق فلا يجوز أن يقضي فيه بعلمه الشخصي. ويمثل هذا الاتجاه أبو يوسف ومحمد في رواية عنه وبعض الشافعية والشيعة الزيدية. **قال الشوكاني عن رأي الشيعة الزيدية**: لهم روايتان يقضي بعلمه والثانية لا يقضي بعلمه كما ذكر الشوكاني"قد حكى في البحر عن الإمام يحيى وأحد قولي المؤيد بالله"[491]

يقول السرخسي: " وإذا رأى القاضي وهو في مجلس القضاء أو غيره رجلا يزني أو يسرق أو يشرب الخمر ثم رفع إليه فله أن يقيم عليه الحد في القياس لأنه تيقن باكتساب السبب الموجب للحد عليه والعلم الذي استفاده بمعاينة السبب فوق العلم الذي يحصل له بشهادة الشهود، لأن ذلك محتمل الصدق والكذب. وفي الاستحسان لا يقيم عليه الحد"[492]

أدلة القائلين بهذا الرأي:

[491] الشوكاني: نيل الأوطار- ج6 ص350.

[492] السرخسي: المبسوط - تحقيق الشيخ خليل الميس - دار الفكر - بيروت - ط1 - 1421هـ - مج8 - ج16 ص91.

(1) ما أخرجه أبو حنيفة في مسنده: من أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (ادرءوا الحدود بالشبهات)[493] فهذا الحديث تلقته الأمة بالقبول وأجمع على العمل به فقهاء الأمصار، وعلم القاضي لا

[493] قال ابن حجر العسقلاني: "حديث (ادرءوا الحدود بالشبهات) الترمذي من حديث عائشة بلفظ (ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان لها مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام إن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة) وفيه يزيد بن زياد وهو ضعيف. قال الترمذي ووقفه أصح وأخرجه الحاكم والدار قطني والبيهقي وقال الموقوف أقرب إلى الصواب وفي الباب عن علي مختصرا ادرءوا الحدود أخرجه الدار قطني وعن أبي هريرة (ادرءوا الحدود ما استطعتم) أخرجه أبو يعلى ولابن ماجة من هذا الوجه ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا" ابن حجر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية ـ تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني ـ دار المعرفة ـ بيروت ـ ج2ص94 ، ص95. وقد تتبع الزيلعي الروايات المختلفة لحديث (ادرءوا الحدود بالشبهات) فقال: أما حديث عاشة: فأخرجه الترمذي عن محمد بن يزيد بن زياد عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان لها مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام إن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة) انتهى. قال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري، ويزيد بن زياد ضعيف في الحديث؛ ورواه وكيع عن يزيد بن زياد، ولم يرفعه، وهو أصح، ثم أخرجه عن وكيع عن يزيد به موقوفاً، انتهى. ورواه الحاكم في (المستدرك) وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه؛ وتعقبه الذهبي في (مختصره)، فقال: يزيد بن زياد، قال فيه النسائي: متروك، انتهى. وقال الترمذي في (علله الكبير): قال محمد بن إسماعيل: يزيد بن زياد منكر الحديث، ذاهب، انتهى. ورواه الدارقطني، ثم البيهقي في سننيهما مرفوعاً؛ وقال البيهقي: الموقوف أقرب إلى الصواب.

وأما حديث علي: فأخرجه الدارقطني في (سننه) عن مختار التمار عن أبي مطر عن علي: قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (ادرءوا الحدود)، انتهى. ومختار التمار ضعيف.

وأما حديث أبي هريرة: فرواه أبو يعلى الموصلي في (مسنده) حدثنا إسحاق عن أبي إسرائيل ثنا وكيع حدثني إبراهيم بن الفضل المخزومي عن سعيد المقبري عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (ادرءوا الحدود ما استطعتم)، انتهى. ورواه ابن ماجه في (سننه) حدثنا عبد الله بن الجراح ثنا وكيع به مرفوعاً: (ادرءوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً)، انتهى" الزيلعي: نصب الراية لأحاديث الهداية ـ تحقيق أيمن صالح ـ دار الحديث ـ القاهرة ـ ط1 ـ 1415هـ ج4 ص97 ، ص98.

يـورث الاطمئنــان عنـد الكافـة خصوصـاً فيمـا يعلـق بحـق الله الـذي تطالب به الكافة ويورث شبهة عند النـاس، ومـن أجل ذلـك لا يقضـي بعلمه الشخصـي.

(2) ما أخرجه مسلم من أن النبي صلى الله عليه وسلم قـال فـي قصـة الملاعنـة: قَـالَ النَّبِـىُّ -صـلى الله عليـه وسـلم- « لَـوْ كُنْـتُ رَاجِمًـا أَحَـدًا بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ لَرَجَمْتُهَا »[494]

وجه الدلالة من هذا الحديث أنه أفـاد منـع القاضـي مـن القضـاء بعلمـه في الزنـا، وعدوا هذا الحكم إلى سائر الحدود التي هي حق خـالص لله بجامع أن كـلا فيـه حق لله تعـالى، وحقوق الله مبنيـة علـى المسـاهمة، ولأن الحدود حقوق خالصة لله تعالى والقاضي خصم فيها إذ ليس من يطالب بها فتلحقه التهمة إذا استوفاها بعلمه الشخصي بخـلاف حقوق الآدميين، فإن صاحب الحق يطالب بهـا، ومـن ثـم فالتهمـة منتفيـة عن القاضي إذا حكم فيها بعلمه.

(3) وما أخرجه البيهقي: عن أبي بكر : "لَوْ وَجَدْتُ رَجُلاً عَلَـى حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ لَمْ أَحُدَّهُ أَنَا وَلَمْ أَدْعُ لَهُ أَحَدًا حَتَّى يَكُونَ مَعِى غَيْرِى"[495]

فمفهوم كلام أبي بكر أنه لا يقضي بعلمه في الحدود خاصة لأن قولـه على حد يفهم منه أنه لو رآه على غير حد لحكم عليـه بمقتضـى علمـه الشخصي.

(4) يحتج أصحاب هذا الاتجـاه بـأن الحـدود حـق خـالص لله يسـتوفيها القاضي على سبيل النيابة: "ولأن الحـدود التـي هـي مـن خـالص حـق الله تعالى يستوفيها الإمام على سـبيل النيابـة مـن غيـر أن يكـون هنـاك

---

[494] مسلم: الحديث رقم 3833.

[495] البيهقي: السنن الكبرى الحديث رقم 21009.

خصم يطالب به من العباد فلو اكتفى بعلم نفسه في الإقامة ربما يتهمه بعض الناس بالجور والإقامة بغير حق وهو مأمور بأن يصون نفسه عن ذلك وهذا بخلاف القصاص وحد القذف وغير ذلك من حقوق الناس لأن هناك خصم يطالب به من العباد وبوجوده تنتفي التهمة عن القاضي فكان مصدقا فيما زعم أنه رأى ذلك"[496]

وقد احتجوا على جواز الحكم في حقوق الآدميين بالعلم الشخصي للقاضي بذات الأدلة التي احتج بها من رأى الجواز المطلق في الحدود وغيرها.

الاتجاه الثالث:

(لا يجوز أن يحكم القاضي بعلمه في الحدود الخالصة لله سواء قبل وبعد ولايته أو في زمن ولايته):

يرى أنصار هذا الرأي أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه في الحدود الخالصة لله سواء علم ذلك قبل الولاية أو بعدها في محل ولايته أو في غيرها: " فأما حد القذف والقصاص وغير ذلك من حقوق الناس والرجوع فيه بعد الإقرار باطل وللقاضي أن يلزمه ذلك بإقراره فكذلك له أن يلزمه بمعاينته سبب ذلك لأن معاينته السبب أقوى في إفادة العلم من إقرار المقربة وهذا إذا رأى ذلك في مصره الذي هو قاض فيه بعد ما قلد القضاء. فأما إذا كان رأى ذلك قبل أن

[496] السرخسي: المبسوط - مج8 - ج16 ص91.

يتقلد القضاء ثم استقضي فليس له أن يقضي بعلمه في ذلك عند أبي حنيفة"[497]

وخالفه أبو يوسف ومحمد إذا قالا:"له أن يقضي بعلمه في ذلك لأن علمه بمعاينة السبب لا يختلف بما بعد أن يستقضى وقبله وهو أقوى من العلم الذي يحصل له بشهادة الشهود فإن معاينة السبب تفيده علم اليقين وشهادة الشهود لا تفيده ذلك فإذا جاز له أن يقضي بشهادة الشهود عنده فلان يجوز له أن يقضي بعلم نفسه أولى"[498]

وعلى أية حال فالاتجاه الثالث هو اتجاه أبي حنيفة مستنداً في ذلك إلى نفس الأدلة التي احتج بها الاتجاه الأول، ووجه التفرقة عنده بين ما عليه بعد ولايته، وفي المصر الذي وكل إليه قضاءه، وبين ما علمه في غير ذلك أن علمه الحادث له في زمن القضاء علم في وقت هو مكلف فيه بالقضاء، فأشبه البينة القائمة فيه. والعلم الحاصل في غير زمن القضاء حاصل في وقت هو غير فيه بالقضاء، فلم يكن في معنى البينة، فلم يجز القضاء به.

الخلاصة: هاتان هما المدرستان اللتان تنازعتا الحكم في مسألة مدى جواز أن يقضي القاضي بعلمه الشخصي فيما يعرض عليه من قضايا، ولكي تكتمل الصورة كلها بأبعادها ودقائقها ينبغي أن نعرض لما أجاب به أنصار كل مدرسة على أدلة الطرف الآخر، وذلك على النحو التالي:

(ا) مناقشة أدلة المدرسة الأولى:

---

[497] السرخسي: المبسوط - مج8 - ج16 ص92.

[498] السرخسي: السابق - مج8 - ج16 ص92.

أجيب على ما استدل به أنصار المدرسة الأولى على عدم جواز أن يقضي القاضي بعلمه الشخصي:

الرد على الاستدلال بقوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ)[499]

قال المخالف: لا دلالة في هذه الآية على عدم جواز القضاء بالعلم الشخصي للقاضي، وذلك لأن الاقتصار على الشهود لا يستلزم عدم ثبوت الحد بغيرهم، فمن المسلم به أن المقذوف لو أقر بما نسب إليه لسقط الحد عن القاذف، وإن لم يأت بأربعة شهداء، مع أن ذلك لم يذكر في الآية الكريمة.

الرد على حديث الملاعنة:

وما أخرجه مسلم عن ابن عباس في قصة الملاعنة: قَالَ النَّبِيُّ - صلى الله عليه وسلم- « لَوْ كُنْتُ رَاجِمًا أَحَدًا بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ لَرَجَمْتُهَا »[500]

قال المخالف: واضح من سياق الحديث أنه لا يدل على عدم القضاء بالعلم لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يعلم بزنا تلك المرأة. وإنما قامت لديه قرائن توحي بارتكابها لذلك، فترك رجمها راجع لعدم قيام دليل قاطع على صدور الزنا منها. والأمور التي تدل على زناها مجرد قرائن وهي غير صالحة لبناء الحكم عليها. ولو سلم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ذلك في شأن الملاعنة فإنه لا يصلح للاحتجاج به على منع القضاء بالعلم لأنه عليه السلام إنما لم يقض

---

[499] النور: آية 4.

[500] مسلم: الحديث رقم 3833.

بعلمه لكونه قد تم اللعان بينها وبين زوجها وهو وحده كاف لدرء الحد.

قال الشوكاني: " وظاهره أنه صلى الله عليه وسلم قد علم وقوع الزنى منها ولم يحكم بعلمه. ومن ذلك قول أبي بكر وعبد الرحمن المتقدمان، ويمكن أن يجاب عن الحديث؛ بأن النبي صلى الله عليه وسلم، إنما لم يعمل بعلمه لكونه قد حصل التلاعن، وهو أحد الأسباب الشرعية الموجبة للحكم بعدم الرجم والنزاع إنما هو في الحكم بالعلم من دون أن يتقدم سبب شرعي ينافيه"[501]

قال ابن حزم: : "وذكروا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمتها وهذا لا حجة لهم فيه لأن علم الحاكم أبين بينة وأعدلها"[502]

الرد على حديث أم سلمة:

أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - قَالَ « إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَىَّ ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَلْحَنُ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا بِقَوْلِهِ ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ فَلاَ يَأْخُذْهَا »[503]

قال المخالف: هذا الحديث لا تقوم به حجة لهم لأن التنصيص على السماع لا يغني كون غيره طريقاً للحكم، مع أنه يمكن أن يقال إن الاحتجاج بهذا الحديث للذين يجيزون القضاء بالعلم أظهر فإن العلم

---

[501] الشوكاني: نيل الأوطار - تحقيق أنور الباز - دار الوفاء - المنصورة - مصر - ج6 ص349.

[502] ابن حزم: المحلى - ج8 ص526.

[503] البخاري: الحديث رقم 2680.

أقوى من السماع لأنه لا يمكن بطلان ما سمعه الإنسان ولا يمكن بطلان ما يعلم.

الرد على الاستدلال بحديث (شاهداك أو يمينه):

حديث الأشعث بن قيس الكندي:"اَنَ بَيْنِى وَبَيْنَ رَجُلٍ خُصُومَةٌ فِى شَىْءٍ ، فَاخْتَصَمْنَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - فَقَالَ شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ "[504]

قال المخالف: "وهذا قد خالفه المالكيون المحتجون به، فجعلوا له الحكم باليمين مع الشاهد، واليمين مع نكول خصمه، وليس هذا مذكورا في الخبر، وجعل له الحنفيون الحكم بالنكول وليس ذلك في الخبر، وأمروه بالحكم بعلمه في الأموال التي فيها جاء هذا الخبر، فقد خالفوه جهارا وأقحموا فيه ما ليس فيه"[505]

ويضيف ابن حزم: " وأما نحن فنقول أنه قد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (بينتك أو يمينه) ومن البينة التي لا بينة أبين منها صحة علم الحاكم بصحة حقه، فهو في جملة هذا الخبر"[506]

الرد على احتجاجهم بحديث عيسى بن مريم عليه السلام:

عَنْ أَبِى هُرَيْرَةَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « رَأَى عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ عَلَيْهِ السَّلاَمُ رَجُلاً يَسْرِقُ فَقَالَ لَهُ أَسَرَقْتَ قَالَ لاَ وَاللَّهِ الَّذِى لاَ إِلَهَ إِلاَّ هُوَ. قَالَ عِيسَى عَلَيْهِ السَّلاَمُ آمَنْتُ بِاللَّهِ وَكَذَّبْتُ بَصَرِى »[507]

---

[504] البخاري: الحديث رقم 2670.
[505] ابن حزم: المحلى - ج8 ص525.
[506] ابن حزم: السابق - ج8 ص526.
[507] النسائي: سنن النسائي الحديث رقم 5444.

أجاب المخالف: قال ابن حزم: " ليس يلزمنا شرع عيسى عليه السلام وقد يخرج هذا الخبر على أنه رآه يسرق أي يأخذ الشيء مختفيا بأخذه فلما قرره حلف وقد يكون صادقا لأنه أخذ ماله من ظالم له"[508]

الرد على قصة أبي جهم بن حذافة:

قال المخالف: أما قصة أبي جهم فليست من القضاء في شئ، وإنما هي من باب السياسة الشرعية وتأليف القلوب، وتقوية الإيمان في النفوس، فقد أراد النبي صلى الله عليه وسلم أن يضرب لأصحابه مثلاً في التسامح والعفو، ولأنهم قوم جاهلون، فلم يؤاخذهم بما صدر منهم، ولو كان ذلك من القضاء لأحضر النبي صلى الله عليه وسلم أبا جهم ليدافع عن نفسه، وليجعل القضية تأخذ مجراها كسائر القضايا.

أما الآثار المروية عن أبي بكر، وعمر، وعبد الرحمن بن عوف:

قال المخالف: فلا يصح الاحتجاج بها إذ هي معارضة لما روي عنه في تجويز القضاء بالعلم، وقول الصحابة لا يعتبر حجة إذا عارضه قول صحابي آخر، فكيف وقد عارضه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم.

يقول ابن حزم: فوجدنا من منع من أن يحكم الحاكم بعلمه يقول هذا قول أبي بكر وعمر وعبد الرحمن وابن عباس ومعاوية ولا يعرف لهم مخالف من الصحابة فقلنا هم مخالفون لكم في هذه القصة لأنه إنما روى أن أبا بكر قال أنه لا يثيره حتى يكون معه شاهد آخر

---

[508] ابن حزم: المحلى - ج8 ص526.

وهو قول عمر وعبد الرحمن أن شهادته شهادة رجل من المسلمين فهذا يوافق من رأى أن يحكم في الزنى بثلاثة هو رابعهم وبواحد مع نفسه في سائر الحقوق، وأيضا فلا حاجة في قول أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم"[509]

وأجيب على استدلالهم بأن تجويز القضاء بالعلم يفضي إلى أن يستغل القضاة ذلك لتحقيق أغراضهم الشخصية بأنه قول يصعب التسليم به لأن من شروط من يلي منصب القضاء أنه عدل، والعدول لا تتطرق إليه التهمة، وحتى لو سلم بذلك فإن التهمة متصورة في شهادة الشهود، ومع ذلك لم تكن ماتعن من قبول شهادتهم.

---

[509] ابن حزم: المحلى - ج8 ص525.

(ب) مناقشة أدلة المدرسة الثانية:

أجيب على ما استدل به أنصار المدرسة الثانية على جواز أن يقضي القاضي بعلمه الشخصي، أن قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيّاً أَوْ فَقِيراً فَاللَّهُ أَوْلَى بِهِمَا فَلا تَتَّبِعُوا الْهَوَى أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيراً)[510]

أجاب المخالف: لا دلالة فيه على جواز القضاء بالعلم وذلك لأن القاضي إنما لم يحكم للمظلوم لأنه لم يأت بحجة يستند القاضي عليها في حكمه. فالحاكم معذور إذ لا حجة معه يوصل بها صاحب الحق لحقه. وفي هذه الحالة لا يكون ممتنعاً من القيام بالقسط.

أما استدلالهم بآيتي الزنا والسرقة: (2) كما احتجوا بقوله تعالى: (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ)[511] (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ)[512]

أجاب المخالف: إن آيتي الزنا والسرقة إنما نزلتا لبيان العقوبة الواجبة على من ارتكب هذين الفعلين لا لبيان الطرق التي يحكم بها الحاكم.

وأما استدلالهم بحديث أبي سعيد الخدري:

---

[510] النساء: آية 135.

[511] النور: آية 2.

[512] المائدة: آية 38.

سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- يَقُولُ « مَنْ رَأَى مِنْكُمْ مُنْكَرًا فَلْيُغَيِّرْهُ بِيَدِهِ فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِلِسَانِهِ فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِقَلْبِهِ وَذَلِكَ أَضْعَفُ الإِيمَانِ »[513]

أجاب المخالف: هذا لا يدل على جواز الحكم بالعلم ذلك لأنه أمر بتغيير ما يعلم الناس أنه منكر بحديث لا يتطرق إلى المغير تهمة في ذلك. أما أن يعمد القاضي إلى رجل مستور لم تقم أدلة على ارتكابه منكراً فيرجحه، ويقول رأيته يزني، أو يقطع يده، ويقول رايته يسرق فإن ذلك يؤدي إلى تطرق التهمة إليه والتشكك في الدوافع التي حدت به إلى ذلك، وإن فتح هذا الباب يفضي إلى أن يجد كل قاض السبيل مهيئاً لقتل عدوه، أو التشهير به خاصة إذا كانت العداوة خفية، لا يتمكن المقضي عليه من إثباتها فلم يجز بهذا الحديث على إطلاقه. وفضلاً عن ذلك فإن تغيير المنكر ليس من القضاء وإنما هو من باب الحسبة.

وأما استشهادهم بحديث: أبي هريرة قال: "جاء رجلان يختصمان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للمدعي أقم البينة فلم يقمها. فقال للآخر: احلف، فحلف بالله الذي لا إله إلا هو ماله عنده شئ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل هو عندك، ادفع إليه حقه، ثم قال شهادتك أن لا إله إلا الله كفارة يمينك"[514]

أجاب المخالف:

---

[513] مسلم: الحديث رقم 186.

[514] الشوكاني: نيل الأوطار ـ تحقيق أنور الباز ـ دار الوفاء ـ المنصورة ـ مصر ـ ج6 ص349.

هذا حديث ضعيف فقد: "أعله ابن حزم بأبي يحيى وهو مصدع المعرقب، كذا قال ابن عساكر، وتعقبه المزي بأنه وهم بل اسمه زياد كذا اسمه عند أحمد والبخاري وأبي داود في هذا الحديث. وأعله أبو حاتم برواية شعبة عن عطاء بن السائب عن البختري بن عبيد. ثم إن النبي لم يقض بعلمه وإنما بالوحي يدل على ذلك ما ذكره الشوكاني في بعض الروايات: وفي رواية لأحمد فنزل جبريل عليه السلام على النبي صلى الله عليه وسلم فقال إنه كاذب إن له عنده حقه فأمره أن يعطيه وكفارة يمينه معرفة لا إله إلا الله"[515]

وأما الإستدلال بحديث (بينتك أو يمينه):

أجاب المخالف: "فإن البينة اسم لما يبين الحق بحيث يظهر المحق من المبطل، ويبين ذلك للناس، وعلم الحاكم ليس ببينة"[516]

كما أن هذا الحديث لا يصلح أن يكون حجة على محل النزاع، لأن بعض رواياته لم يرد فيها لفظ بينة، فقد ورد في مسند أحمد: "عَنِ الأَشْعَثِ بْنِ قَيْسٍ أَنَّ رَجُلاً مِنْ كِنْدَةَ وَرَجُلاً مِنْ حَضْرَمَوْتَ اخْتَصَمَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- فِى أَرْضٍ بِالْيَمَنِ فَقَالَ الْحَضْرَمِىُّ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرْضِى اغْتَصَبَهَا هَذَا وَأَبُوهُ. فَقَالَ الْكِنْدِىُّ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرْضِى وَرِثْتُهَا مِنْ أَبِى. فَقَالَ الْحَضْرَمِىُّ يَا رَسُولَ اللَّهِ اسْتَحْلِفْهُ إِنَّهُ يَعْلَمُ أَنَّهَا أَرْضِى وَأَرْضُ وَالِدِى وَالَّذِى اغْتَصَبَهَا أَبُوهُ. فَتَهَيَّأَ الْكِنْدِىُّ لِلْيَمِينِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « إِنَّهُ لاَ

[515] الشوكاني - نيل الأوطار - ج6 ص349.
[516] ابن القيم: الطرق الحكمية - ص153.

يَقْتَطِعُ عَبْدٌ - أَوْ رَجُلٌ - بِيَمِينِهِ مَالاً إِلاَّ لَقِىَ اللَّهَ يَوْمَ يَلْقَاهُ وَهُوَ أَجْذَمُ ». فَقَالَ الْكِنْدِىُّ هِىَ أَرْضُهُ وَأَرْضُ وَالِدِهِ"[517]

أما استدلالهم بحديث سعد بن الأطول: عَنْ أَبِى نَضْرَةَ عَنْ سَعْدِ بْنِ الأَطْوَلِ أَنَّ أَخَاهُ مَاتَ وَتَرَكَ ثَلاَثَمِائَةِ دِرْهَمٍ وَتَرَكَ عِيَالاً فَأَرَدْتُ أَنْ أُنْفِقَهَا عَلَى عِيَالِهِ فَقَالَ النَّبِىُّ -صلى الله عليه وسلم- « إِنَّ أَخَاكَ مَحْبُوسٌ بِدَيْنِهِ فَاقْضِ عَنْهُ ». فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ فَقَدْ أَدَّيْتُ عَنْهُ إِلاَّ دِينَارَيْنِ ادَّعَتْهُمَا امْرَأَةٌ وَلَيْسَ لَهَا بَيِّنَةٌ. قَالَ « فَأَعْطِهَا فَإِنَّهَا مُحِقَّة"[518]

أجاب المخالف: لا وجه للاحتجاج به لأنه ليس في محل النزاع، إذ المرأة لم تطلب منه أن يحكم لها بالدينارين، وإنما استفتى الرجل الرسول صلى الله عليه وسلم فيما أودعته فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بإعطائها احتياطاً وإبراء لذمة الميت. فهذا الحديث من قبيل الفتيا وليس من باب القضاء بالعلم. ومع التسليم بأنه عليه السلام حكم لها بعلمه فإنه لا يصح الاستدلال به، لأن المنع من القضاء بالعلم إنما هو لأجل التهمة وهي منقبة في حقه صلى الله عليه وسلم.

قال في الطرق الحكمية: "فإن المنع من حكم الحاكم بعلمه إنما هو لأجل التهمة وهي معلومة الانتفاء من سيد الحكام صلى الله عليه وسلم"[519]

أما حديث هند بت عتبة: "عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ هِنْدَ بِنْتَ عُتْبَةَ قَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ ، وَلَيْسَ يُعْطِينِى مَا يَكْفِينِى

---

[517] أحمد: المسند الحديث رقم 22487.
[518] أحمد: مسند أحمد الحديث رقم 20609.
[519] ابن القيم: الطرق الحكمية - ص152.

وَوَلَدِى ، إِلاَّ مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهْوَ لاَ يَعْلَمُ فَقَالَ « خُذِى مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ "[520]

أجاب المخالف:

قال ابن القيم: "وهذا الاستدلال ضعيف جداً. فإن هذا إنما هو فتيا من رسول الله صلى الله عليه وسلم، لا حكم. ولهذا لم يحضر الزوج، ولم يكن غائباً عن البلد، والحكم على الغائب عن مجلس الحكم الحاضر في البلد غير ممتنع وهو يقدر على الحضور ولم يوكل وكيلاً، لا يجوز اتفاقاً. وأيضاً فإنها لم تسأله الحكم، وإنما سألته (هل يجوز لها أن تأخذ ما يكفيها ويكفي بنيها) وهذا استفتاء محض، فالاستدلال به على الحكم سهو"[521]

وقال الشوكاني: " ومن جملة ما استدل به البخاري على الجواز حديث هند زوجة أبي سفيان لما أذن لها النبي صلى الله عليه وسلم أن تأخذ من ماله ما يكفيها وولدها. قال ابن بطال: احتج من أجاز للقاضي أن يحكم بعلمه بهذا الحديث لأنه إنما قضى لها ولولدها بوجوب النفقة لعلمه بأنها زوجة أبي سفيان، ولم يلتمس على ذلك بينة. وتعقبه ابن المنير بأنه لا دليل فيه لأنه خرج مخرج الفتيا وكلام المفتي يتنزل على تقدير صحة كلام المستفتي، انتهى. فإن قيل إن محل الدليل إنما هو عمله بعلمه أنها زوجة أبي سفيان فكيف صح هذا التعقب. فيجاب بأن الذي يحتاج إلى معرفة المحكوم له هو الحكم لا الإفتاء، فإنه يصح للمجهول، فإذا ثبت أن ذلك من قبيل الإفتاء بطلت دعوى أنه حكم بعلمه أنها زوجة. وقد تعقب الحافظ (أي ابن

---

[520] البخاري: الحديث رقم 5364.

[521] ابن القيم: الطرق الحكمية ـ ص152.

حجر) كلام ابن المنير فقال: وما ادعى نفيه بعيد، فإنه لو لم يعلم صدقها لم يأمرها بالأخذ، واطلاعه على صدقها ممكن بالوحي دون سواه، فلا بد من سبق علم. ويجاب عن هذا بأن الأمر لا يستلزم الحكم؛ لأن المفتي يأمر المستفتي بما هو الحق لديه وليس ذلك من الحكم في شيء"[522]

وأما حديث أبي سعيد الخدري:

"سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- يَقُولُ « مَنْ رَأَى مِنْكُمْ مُنْكَرًا فَلْيُغَيِّرْهُ بِيَدِهِ فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِلِسَانِهِ فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِقَلْبِهِ وَذَلِكَ أَضْعَفُ الإِيمَانِ »[523]

أجاب المخالف: فليس في هذا الحديث ما يدل صراحة أو ضمناً على تجويز القضاء بالعلم، وغاية ما تضمنه الحث على الجهر بالحق دون اعتبار لأحد هذا إنما يتصور فيما يعلم الناس أنه حق، ولكن لا يجرءون على التصريح به خوفاً مما قد يلحقهم من وراء ذلك. وهذا بخلاف ما ينفرد القاضي بعلمه، فإنه لا يدري أحكم بحق أم بباطل فيكون عرضة للاتهام.

قال ابن القيم:

"هو مأمور بتغيير ما يعلم الناس أنه منكر، بحيث لا يتطرق إليه تهمة في تغييره. وأما إذا عمد إلى رجل مع زوجته وأمته قط، ففرق بينهما، وزعم أنه طلق وأعتق. فإنه ينسب ظاهراً إلى تغيير المعروف بالمنكر، وتطرق الناس إلى اتهامه والوقوع في عرضه. وهل يسوغ للحاكم أن يأتي إلى رجل مستور بين الناس، غير

---

[522] الشوكاني - نيل الأوطار - ج6 ص348.

[523] مسلم: الحديث رقم 186.

مشهور بفاحشة، وليس عليه شاهد واحد بها، فيرجمه، ويقول: رأيته يزني؟ أو يقتله ويقول: سمعته يسب؟ أو يفرق بين الزوجين، ويقول: سمعته يطلق؟ وهل هذا إلا محض التهمة؟ ولو فتح هذا الباب ـ ولا سيما لقضاة الزمان ـ (أي زمان ابن القيم) لوجد كل قاض له عدوٌّ السبيلَ إلى قتل عدوه ورجمه وتفسيقه، والتفريق بينه وبين امرأته، ولا سيما إذا كانت العداوة خفية، لا يمكن عدوه إثباتها، وحتى لو كان الحق هو حكم الحاكم بعلمه، لوجب منع قضاة الزمان من ذلك. وهذا إذا قيل في شريح، وكعب بن سوار، وإياس بن معاوية، والحسن البصري، وعمران الطلحي، وحفص بن غياث، وأضرابهم: كان فيه ما فيه"[524]

وأما حديث خزيمة بن ثابت:

"فَأَقْبَلَ النَّبِىُّ -صلى الله عليه وسلم- عَلَى خُزَيْمَةَ فَقَالَ « بِمَ تَشْهَدُ ». فَقَالَ بِتَصْدِيقِكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ. فَجَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- شَهَادَةَ خُزَيْمَةَ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ"[525]

قال المخالف: لا وجه للاستدلال به لأنه لم يثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم حكم لنفسه، إذ ليس في الحديث ما يدل على أنه أخذ الفرس قهراً من الأعرابي.

أما القول: إن القضاء بالعلم أولى من القضاء بالظن المستفاد عن الشهادة:

قال المخالف: أصل النزاع في تصديق القاضي في ادعائه العلم بالواقعة المعروفة أمامه. واحتمال صدقه في ذلك أمر مظنون،

[524] ابن القيم: الطرق الحكمية ـ ص154.

[525] أبو داود: الحديث رقم 3609.

والظن في صدق الشهود أقوى من الظن في صدق القاضي لزيادة عددهم. كذلك فإنهم في هذا القول قد بنوا على استدلالهم على أن حكم القاضي المنسوب إلى علمه، لا بد وأن يكون موافقاً لما تحققه وقطع به وهذا غير مسلم، لأن الحكم المنسوب إلى علم القاضي كما يحتمل أن يكون موافقاً لما تحققه وقطع به يحتمل أيضاً أن يكون بخلاف ذلك لمؤثر من المؤثرات. وعلى هذا يكون ما افترضوه من أن حكم القاضي المنسوب إلى علمه يكون موافقاً لما تحققه وقطع به ترجيح بلا مرجح.

أما قبول اعتماد القاضي على علمه في الجرح والتعديل فإن ذلك ليس بحكم كما ذهب إليه كثير من العلماء، إذ يجوز لغيره العمل بخلافه ولو كان حكماً لما ساغ ذلك. لأن نقض الحكم من غير سبب شرعي لا يصح وإذا لم يكون ذلك حكماً لم يجز القياس عليه.

وأما الرد علي من يفرق بين القضاء في الحدود والقضاء في غيرها بحيث لا يجيز للقاضي أن يحكم بعلمه في الحدود ويجيز له أن يحكم بعلمه في حقوق العباد الخالصة أو المشتركة؛ فإن هذه التفرقة غير مسلم بها لأن التهمة إذا كانت متصورة في الحدود فهي متصورة أيضاً فيما عداها إذ من الجائز أن يتواطأ القاضي مع المدعي أو مع خصم المتهم.

(ج) ملخص لآراء الفقهاء في قضاء القاضي بعلمه من عدمه:

من خلال استعراضنا للآراء المختلفة لفقهاء الإسلام حول قضاء القاضي بعلمه نختصرها على النحو التالي:

الإماميــة: "الإمــام عليــه الســلام يقضـــي بعلمــه مطلقــاً، وغيــره مــن القضاة يقضي بعلمه في حقوق الناس وحقوق الله سبحانه. أما غير الإمام من القضاة فله الحكم في حقوق الناس وفي حقوق الله سبحانه، على قولين أصحهما القضاء. ويجوز أن يحكم في ذلك كله، من غير حضور شاهد يشهد الحكم."[526]

الشافعية: قالوا يقضي بعلمه فيما علمه في زمن ولايته ومكانها أما ما علمه في غير ولايته ومكانها لا يقضي بعلمه.

الشيعة الزيدية: لهم روايتان يقضي بعلمه والثانية لا يقضي بعلمه كما ذكر الشوكاني"قد حكى في البحر عن الإمام يحيى وأحد قولي المؤيد بالله"[527]

المالكية: لا يقضي القاضي بعلمه سواء علمه قبل التولية أو بعدها في مجلس القضاء أو غيره، قبل الشروع في المحاكمة أو بعد الشروع فهو أشد المذاهب في ذلك. وخالفه صاحباه: ابن سحنون وعبد الملك فقالا: يحكم بعلمه فيما علمه بعد الشروع في المحاكمة.

الحنابلة: أما مذهب أحمد ففيه ثلاث روايات: "أحدها وهي الرواية المشهورة عنه المتصورة عند أصحابه أنه لا يحكم بعلمه لأجل التهمة. (الثانية) يجوز له ذلك مطلقاً في الحدود وغيرها. (والثالثة) يجوز إلا في الحدود"[528]

---

[526] الحلي: شرائع الإسلام/مرجع سابق/ص862.

[527] الشوكاني: نيل الأوطار- ج6 ص350.

[528] المطيعي: محمد نجيب: المجموع شرح المهذب للشيرازي ـ مكتبة الإرشاد ـ جدة ـ مج22 ص401.

الحنفية: إذا علم الحاكم بشيء من حقوق العباد في زمن ولايته ومكانها جاز له أن يقضي به. أما ما علمه قبل ولا يته أو غير مكان ولا يته، فلا يقضي به عند أبي حنيفة. وخالفه أبو يوسف ومحمد بن الحسن فقالا: يقضي به كما في حال ولايته. أما الحدود فلا يقضي بعلمه فيها، لأنه حق لله تعالى إلا في حد القذف فإنه يقضي بعلمه لما فيه من حق العباد.

الظاهرية: يقضي القاضي بعلمه في الدماء والأموال والقصاص والحدود سواء قبل ولايته أو بعد ولايته.

أما بالنسبة للقوانين الوضعية الحديثة:

فقد: "حكم في إنجلترا أنه إذا استبعدنا ما يأخذ به القاضي علماً قضائياً، فإنه لا يجوز للقاضي أن يقضي في النزاع المعروض بعلمه الخاص أو بناء على معلومات لا تتوافر للطرفين. والقاعدة التي تبدو أنها تقوم على أساس أنه إن كان القاضي قد توافر له علم خاص أو معلومات معينة فيما يتعلق بالنزاع المطروح أمامه، فيجب عليه أن يقدم هو نفسه الدليل كشاهد أمام المحكمة، قد اتبعها القضاء السوداني"[529]

الرأي المختار:

---

[529] كريشنا فاسديف (د): أحكام الإثبات ـ تعريب هنري رياض وعبد العزيز صفوت ـ دار الجيل ـ بيروت ـ ص46، ص47.

أولاً: بعد عرض كل الآراء السابقة فإنني أرى رجحان الرأي القائل بعدم جواز أن يحكم القاضي استناداً إلى علمه الشخصي بالوقائع المعروضة عليه سواء في الحدود أو الحقوق المشتركة كالقصاص وخاصة في إثبات جريمة القتل العمد للأدلة التي استند إليها القائلون بهذا الرأي.

ثانياً: قضاء القاضي بعلمه الشخصي وإن كان مستساغاً في بعض الأزمنة خاصة في صدر الإسلام فإن تجويزه في أيامنا أمر يصعب تصوره لأن الإيمان قد ضعف، ولأن كثيراً من الناس يضعون مصالحهم الشخصية في المقام الأول دون إقامة وزن لموقف الشرع وتعليماته حتى لو وجد بعض القضاة الأمناء ذوي السمعة الطيبة، لكن ماذا عساناً أن نفعل في قضاة الغد ونحن لا نعلم عنهم شيئاً، والاحتياط لدماء الناس وأعراضهم وأموالهم أمر في غاية الأهمية لا يقبل التفريط أو التساهل. وما أحسن قول ابن القيم في هذه القضية: "ولقد كان سيد الحكام صلوات الله عليه وسلامه يعلم من المنافقين ما يبيح دماءهم وأموالهم، ويتحقق ذلك، ولا يحكم فيهم بعلمه، مع براءته عند الله وملائكته، وعباده المؤمنين من كل تهمة، لئلا يقول الناس إن محمداً يقتل أصحابه. ولما رآه بعض أصحابه مع زوجته صفية بنت حيي قال: (رويدكما إنها صفية بنت حيي) لئلا يقع في نفوسهما تهمة له. ومن تدبر الشريعة وما اشتملت عليه من المصالح وسد الذرائع تبين له الصواب في هذه المسألة"[530]

---

[530] ابن القيم: الطرق الحكمية ـ ص155.

ثالثا: كما أن القضاة بشر يجوز عليهم ما يجوز على غيرهم أو كما قال الشافعي: (لولا قضاة السوء لقلت إن القاضي يحكم بعلمه). كما أن كثيراً من المحكوم عليهم لا تسلم بسهولة بتلك الأحكام الصادرة عليهم سيحاولون الطعن فيها بمختلف الطرق على أسباب ظاهرة، فكيف يكون الوضع إذا أعطى القضاة الحق بالاعتماد على معلوماتهم الشخصية في الوقائع المنظورة أمامهم. أو ليس في هذا المنع حماية للقاضي نفسه ولمكانة القضاء من أن تزلزل في نفوس الناس. كذلك فإن صفة القاضي بالنسبة لمعلوماته الشخصية أنه (شاهد) وثمة تناقض بين صفتي القاضي والشاهد.

رابعاً: فإن المعلومات الشخصية للقاضي لا تعرض في جلسة المحكمة ولا تتاح فرصة مناقشتها وتقويمها ومن ثم الاعتماد عليها مناقضاً لمبدأ الشفوية والمواجهة الذي يسود مرحلة المحاكم. كما أرى أننا لو أخذنا برأي من يرى جواز أن يقضي القاضي بعلمه الشخصي لكان هذا أشبه بما يسمى سرية الأدلة المعمول بها الآن في أمريكا وبريطانيا في قوانين مكافحة الإرهاب مع الفارق أن هذه الأدلة السرية معلومات استخباراتية تعرض على القاضي ولا يطلع عليها المتهم ولا حتى محاميه!! وهذا قريب الشبه من قضاء القاضي بعلمه لأنه سيحكم بدون إطلاع المتهم، ولا موكله على الأدلة، وسيكتفي بالنطق بالحكم فقط !! مما يضر بمركز المتهم وحقه في تفنيد الأدلة التي توجه ضده.

خامساً: وأخيراً درءاً للشبهات وسداً للذرائع فأرى ألا يقضي القاضي بعلمه الشخصي وله أن يتنحى عن نظر القضية ويحيلها لقاض آخر

ثم يتقدم للشهادة كشاهد وليس كقاض كما هو معمول بـه فـي القوانين الوضعية الحديثة.

الفصل الرابع

(القسامة)

الفصل الرابع

القسامة

ويتكون هذا الفصل من النقاط التالية:

(1) تعريف القسامة.
(2) مشروعية القسامة.
(3) كيفية القسامة.
(4) كيفية اختيار أهل القسامة
(5) النتائج المترتبة على القسامة.

الفصل الرابع

(القسامة)

يعرف بعض الفقهاء القسامة بأنها الأيمان المكررة في دعوى القتل التي لا يكون عليها دليل. نتناول في هذا الفصل تعريف القسامة ومشروعيتها وآراء المجيزين لها، وآراء المنكرين لها وأدلة كلفريق، ثن نتناول كيفية القسامة والنتائج المترتبة عليها على النحو التالي:

(1) تعريف القسامة:

لقد اعتمد الفقهاء في تعريفهم للقسامة على اللغة العربية ومن ثم خلصوا إلى تعريف القسامة حسب اصطلاحهم الفقهي وهو ما نتناوله على النحو التالي:

تعريف القسامة لغة واصطلاحاً:

قال في النهاية:"القَسامة بالفتح اليمين كالقَسَم، وحقيقتُها أن يُقْسِم من أولياء الدَّم خمسون نَفَرا على اسْتِحْقاقِهم دَمَ صاحِبهم، إذا وجَدُوه قَتِيلا بين قَوْم ولم يُعْرَف قاتِلُه"[531]

[531] ابن الأثير: النهاية في غريب الأثر ـ تحقيق طه الزاوي ـ المكتبة العلمية ـ بيروت ـ ج4 ص62.

جاء في أنيس الفقهاء:

"القسامة أيمان تقسم على المتهمين في الدم من أهل المحلة. وهي اسم بمعنى الاقتسام وفي الصحاح:هي الأيمان تقسم على أهل الأولياء في الدم"[532]

في روضة الطالبين: " هي الأيمان في الدماء وصورتها أن يوجد قتيل بموضع لا يعرف من قتله ولا بينة ويدعي وليه قتله على شخص أو جماعة وتوجد قرينة تشعر بصدقه"[533]

في المغني: " القسامة مصدر أقسم قسما وقسامة ومعناه حلف حلفا والمراد بالقسامة هاهنا الأيمان المكررة في دعوى القتل"[534]

وفي بدائع الصنائع: "أما تفسير القسامة وبيان محلها فالقسامة في اللغة تستعمل بمعنى الوسامة وهو الحسن والجمال يقال فلان قسيم أي حسن جميل وفي صفات النبي عليه الصلاة والسلام قسيم وتستعمل بمعنى القسم وهو اليمين إلا أن في عرف الشرع تستعمل في اليمين بالله تبارك وتعالى بسبب مخصوص وعدد مخصوص وعلى شخص مخصوص وهو المدعى عليه على وجه مخصوص وهو أن يقول خمسون من أهل المحلة إذا وجد قتيل فيها بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا"[535]

---

[532] القونوي: أنيس الفقهاء ـ تحقيق أحمد الكبيسي ـ دار الوفاء ـ جدة ـ ج1 ص295

[533] النووي: روضة الطالبين ـ ص1701.

[534] ابن قدامة: المغني ج10ص2.

[535] الكاساني: بدائع الصنائع/دار الكتاب العربي/بيروت/ط2/1982/ج7 ص286

في النهاية للطوسي: "القسامة: خمسون رجلاً منهم (أي أولياء المقتول) يقسمون بالله تعالى: أن المدعى عليه قتل صاحبهم، إن كان القتل عمداً"[536]

في نيل الأوطار: "القسامة بفتح القاف وتخفيف السين المهملة وهي مصدر أقسم والمراد بها الأيمان واشتقاق القسامة من القسم كاشتقاق الجماعة من الجمع. وقد حكى إمام الحرمين أن القسامة عند الفقهاء اسم للأيمان وعند أهل اللغة اسم للحالفين وقد صرح بذلك في القاموس وقال في الضياء إنها الأيمان. وقال في المحكم إنها في اللغة الجماعة ثم أطلقت على الأيمان"[537]

في الروض المربع: "وهي لغة اسم القسم أقيم مقام المصدر من قولهم أقسم إقساما وقسامة وشرعاً أيمان مكررة في دعوى قتل معصوم"[538]

جاء في المبدع: "القسامة اسم للقسم أقيم مقام المصدر من أقسم إقساما وقسامة. هي الحلف قال الأزهرى هم القوم الذين يقسمون في دعواهم على رجل أنه قتل صاحبهم سموا قسامة باسم المصدر كعدل ورضى، وإنما هي الأيمان إذا كثرت على وجه المبالغة، وهي الأيمان المكررة في دعوى القتل أي في دعوى قتل معصوم"[539]

قال في فتح الباري: "بفتح القاف وتخفيف المهملة هي مصدر أقسم قسما وقسامة وهي الأيمان تقسم على أولياء القتيل إذا ادعوا الدم، أو

---

[536] الطوسي: النهاية في مجرد الفقه والفتاوى - دار الكتاب العربي - بيروت - ص740.

[537] الشوكاني: نيل الأوطار/تحقيق أنور الباز/دار الوفاء - المنصورة/ ج5ص194.

[538] البهوتي: الروض المربع - مكتبة الرياض الحديثة - الرياض - ج3 ص302.

[539] ابن مفلح: المبدع - المكتب الإسلامي - بيروت - ج9 ص31

على المدعي عليهم الدم، وخص القسم على الدم بلفظ القسامة، وقال إمام الحرمين القسامة عند أهل اللغة اسم للقوم الذين يقسمون وعند الفقهاء اسم للأيمان، وقال في المحكم القسامة الجماعة يقسمون على الشيء، أو يشهدون به، ويمين القسامة منسوب إليهم، ثم أطلقت على الأيمان نفسها"[540]

قال في شرح منتهى الإرادات" القسامة: بفتح القاف؛ وهي اسم مصدر من أقسم إقساما وقسامة، قال الأزهري هم القوم يقسمون في دعواهم على رجل أنه قتل صاحبهم، سموا قسامة باسم المصدر، كعدل ورضا. وشرعاً: أيمان مكررة في دعوى قتل معصوم"[541]

في البحر الرائق: "القسامة لغة مصدر أقسم. وأما في علم الشريعة فهي أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار أو غير ذلك وجد فيها قتيل به أثر يقول كل منهم والله ما قتلته ولا علمت له قاتلا "[542]

إذن القسامة في اصطلاح الفقهاء: هي الأيمان المكررة في دعوى القتل التي لا يكون عليها دليل.

---

540 ابن حجر: فتح الباري - دار الفكر - بيروت - ج14 ص221.

541 البهوتي: شرح منتهى الإرادات - عالم الكتب - بيروت - ج3 ص329

542 ابن نجيم: البحر الرائق - دار المعرفة - بيروت - ج8 ص446

(2) مشروعية القسامة:

هناك خلاف في الفقه الجنائي الإسلامي حول مشروعية القسامة، ويتبلور هذا الخلاف في اتجاهين أساسيين:
الاتجاه الأول: يرى مشروعية القسامة.
الاتجاه الثاني: ينكر مشروعية القسامة.

الاتجاه الأول: (القسامة جائزة شرعاً):

يرى أن القسامة مشروعة وهو اتجاه جمهور العلماء من الصحابة والتابعين، وبه قال الأحناف، والإمامية، والشافعية، والمالكية، والحنابلة، والظاهرية، والزيدية.
يستند هؤلاء الفقهاء على مشروعية القسامة على الآتي:
حديث" عَنْ سَهْلِ بْنِ أَبِى حَثْمَةَ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ هُوَ وَرِجَالٌ مِنْ كُبَرَاءِ قَوْمِهِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَهْلٍ وَمُحَيِّصَةَ خَرَجَا إِلَى خَيْبَرَ مِنْ جَهْدٍ أَصَابَهُمْ ، فَأُخْبِرَ مُحَيِّصَةُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ قُتِلَ وَطُرِحَ فِى فَقِيرٍ أَوْ عَيْنٍ ، فَأَتَى يَهُودَ فَقَالَ أَنْتُمْ وَاللَّهِ قَتَلْتُمُوهُ . قَالُوا مَا قَتَلْنَاهُ وَاللَّهِ . ثُمَّ أَقْبَلَ حَتَّى قَدِمَ عَلَى قَوْمِهِ فَذَكَرَ لَهُمْ ، وَأَقْبَلَ هُوَ وَأَخُوهُ حُوَيِّصَةُ - وَهْوَ أَكْبَرُ مِنْهُ - وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ سَهْلٍ ، فَذَهَبَ لِيَتَكَلَّمَ وَهْوَ الَّذِى كَانَ بِخَيْبَرَ فَقَالَ النَّبِىُّ - صلى الله عليه وسلم - لِمُحَيِّصَةَ « كَبِّرْ كَبِّرْ » . يُرِيدُ السِّنَّ ، فَتَكَلَّمَ حُوَيِّصَةُ ثُمَّ تَكَلَّمَ مُحَيِّصَةُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - « إِمَّا أَنْ يَدُوا صَاحِبَكُمْ ، وَإِمَّا أَنْ يُؤْذِنُوا بِحَرْبٍ » . فَكَتَبَ رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - إِلَيْهِمْ بِهِ ، فَكُتِبَ مَا قَتَلْنَاهُ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -

صلى الله عليه وسلم - لِحُوَيِّصَةَ وَمُحَيِّصَةَ وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ « أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ » . قَالُوا لاَ . قَالَ « أَفَتَحْلِفُ لَكُمْ يَهُودُ » . قَالُوا لَيْسُوا بِمُسْلِمِينَ . فَوَدَاهُ رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - مِنْ عِنْدِهِ مِائَةَ نَاقَةٍ حَتَّى أُدْخِلَتِ الدَّارَ . قَالَ سَهْلٌ فَرَكَضَتْنِى مِنْهَا نَاقَةٌ"[543]

وفي صحيح مسلم:

"عَنْ بُشَيْرِ بْنِ يَسَارٍ عَنْ سَهْلِ بْنِ أَبِى حَثْمَةَ وَرَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ أَنَّ مُحَيِّصَةَ بْنَ مَسْعُودٍ وَعَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَهْلٍ انْطَلَقَا قِبَلَ خَيْبَرَ فَتَفَرَّقَا فِى النَّخْلِ فَقُتِلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَهْلٍ فَاتَّهَمُوا الْيَهُودَ فَجَاءَ أَخُوهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ وَابْنَا عَمِّهِ حُوَيِّصَةُ وَمُحَيِّصَةُ إِلَى النَّبِىِّ -صلى الله عليه وسلم- فَتَكَلَّمَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ فِى أَمْرِ أَخِيهِ وَهُوَ أَصْغَرُ مِنْهُمْ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « كَبِّرِ الْكُبْرَ - أَوْ قَالَ - لِيَبْدَإِ الأَكْبَرُ ». فَتَكَلَّمَا فِى أَمْرِ صَاحِبِهِمَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « يُقْسِمُ خَمْسُونَ مِنْكُمْ عَلَى رَجُلٍ مِنْهُمْ فَيُدْفَعُ بِرُمَّتِهِ ».

قَالُوا أَمْرٌ لَمْ نَشْهَدْهُ كَيْفَ نَحْلِفُ قَالَ « فَتُبْرِئُكُمْ يَهُودُ بِأَيْمَانِ خَمْسِينَ مِنْهُمْ ». قَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ قَوْمٌ كُفَّارٌ قَالَ فَوَدَاهُ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- مِنْ قِبَلِهِ. قَالَ سَهْلٌ فَدَخَلْتُ مِرْبَدًا لَهُمْ يَوْمًا فَرَكَضَتْنِى نَاقَةٌ مِنْ تِلْكَ الإِبِلِ رَكْضَةً بِرِجْلِهَا"[544]

وفي موطأ مالك:

"عَنْ مَالِكٍ عَنْ أَبِى لَيْلَى بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ سَهْلٍ عَنْ سَهْلِ بْنِ أَبِى حَثْمَةَ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ رِجَالٌ مِنْ كُبَرَاءِ قَوْمِهِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَهْلٍ وَمُحَيِّصَةَ خَرَجَا إِلَى خَيْبَرَ مِنْ جَهْدٍ أَصَابَهُمْ فَأُتِىَ مُحَيِّصَةُ فَأُخْبِرَ

[543] البخاري: الحديث رقم 7192

[544] مسلم: الحديث رقم 4435

أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَهْلٍ قَدْ قُتِلَ وَطُرِحَ فِى فَقِيرِ بِئْرٍ أَوْ عَيْنٍ فَأَتَى يَهُودَ فَقَالَ أَنْتُمْ وَاللَّهِ قَتَلْتُمُوهُ. فَقَالُوا وَاللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ. فَأَقْبَلَ حَتَّى قَدِمَ عَلَى قَوْمِهِ فَذَكَرَ لَهُمْ ذَلِكَ ثُمَّ أَقْبَلَ هُوَ وَأَخُوهُ حُوَيِّصَةُ وَهُوَ أَكْبَرُ مِنْهُ وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ فَذَهَبَ مُحَيِّصَةُ لِيَتَكَلَّمَ وَهُوَ الَّذِى كَانَ بِخَيْبَرَ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « كَبِّرْ كَبِّرْ » يُرِيدُ السِّنَّ فَتَكَلَّمَ حُوَيِّصَةُ ثُمَّ تَكَلَّمَ مُحَيِّصَةُ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « إِمَّا أَنْ يَدُوا صَاحِبَكُمْ وَإِمَّا أَنْ يُؤْذِنُوا بِحَرْبٍ ». فَكَتَبَ إِلَيْهِمْ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- فِى ذَلِكَ فَكَتَبُوا إِنَّا وَاللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- لِحُوَيِّصَةَ وَمُحَيِّصَةَ وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ « أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ ». فَقَالُوا لاَ. قَالَ « أَفَتَحْلِفُ لَكُمْ يَهُودُ » قَالُوا لَيْسُوا بِمُسْلِمِينَ. فَوَدَاهُ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- مِنْ عِنْدِهِ فَبَعَثَ إِلَيْهِمْ بِمِائَةِ نَاقَةٍ حَتَّى أُدْخِلَتْ عَلَيْهِمُ الدَّارَ. قَالَ سَهْلٌ لَقَدْ رَكَضَتْنِى مِنْهَا نَاقَةٌ حَمْرَاءُ"[545]

قال القرطبي: "مسألة قال القاسم بن مسعدة قلت للنسائي لا يقول مالك بالقسامة إلا باللوث فلم أورد حديث القسامة ولا لوث فيه؟ قال النسائي: أنزل مالك العداوة التي كانت بينهم وبين اليهود بمنزلة اللوث وأنزل اللوث أو قول الميت بمنزلة العداوة قال بن أبي زيد وأصل هذا في قصة بني إسرائيل حين أحيا الله الذي ضرب ببعض البقرة فقال قتلني فلان وبأن العداوة لوث"[546]

وفي فقه الإمامية: جاء في فروع الكافي"عن علي بن حمزة عن أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله عن القسامة أين كان مبدؤها؟ قال: من

---

[545] مالك: الموطأ حديث رقم 1599.

[546] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ـ دار الحديث القاهرة ـ ج1 ص463..

قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كان بعد فتح خيبر تخلف رجل من الأنصار عن أصحابه فرجعوا في طلبه فوجدوه متشحطاً في دمه قتيلاً، فجاءت الأنصار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله قتلت اليهود صاحبنا، فقال: ليقسم منكم خمسون رجلاً على أنهم قتلوه. قالوا: يا رسول الله أنقسم على ما لم نره؟ قال: فيقسم اليهود. فقالوا: يا رسول الله من يصدق اليهود؟ فقال: أنا إذاً أدي صاحبكم"[547]

وفي صحيح مسلم أيضاً:

عن "ابْنِ شِهَابٍ أَخْبَرَنِى أَبُو سَلَمَةَ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَسُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ مَوْلَى مَيْمُونَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ -صلى الله عليه وسلم- عَنْ رَجُلٍ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- مِنَ الأَنْصَارِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- أَقَرَّ الْقَسَامَةَ عَلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ فِى الْجَاهِلِيَّةِ"[548]

المتأمل في الروايات السابقة يرى أنها تدل على الأمور التالية:

(1) تدل على مشروعية القسامة، كما يستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم (أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ). قال ابن حجر: "من الفوائد مشروعية القسامة قال القاضي عياض هذا الحديث أصل من أصول الشرع، وقاعدة من قواعد الأحكام، وركن من أركان مصالح العباد، وبه أخذ كافة الأئمة والسلف من الصحابة والتابعين وعلماء الأمة

[547] الكليني: فروع الكافي - ج7 ص362.
[548] مسلم: الحديث رقم 4442.

وفقهاء الأمصار من الحجازيين والشاميين والكوفيين وان اختلفوا في صورة الأخذ به"[549]

(2) يجوز للقاضي وكان هو الرسول صلى الله عليه وسلم في هذه القضية أن يتجه إلى القسامة، وهي حلف خمسين يميناً إلى أولياء الدم، فإن حلفوا على شخص معين لزمه القتل، وكان القتل ثابتاً عليه، ومن الواضح أن يقتضي أن يعلم القاتل.

(3) إذا رفض أولياء الدم أن يحلفوا، فإنه توجه اليمين إلى أهل المكان الذي وجد فيه القتيل، وقد عرض النبي صلى الله عليه وسلم على أولياء الدم ذلك فرفضوه لظنهم أنهم سيحلفون.

(4) إذا لم يكن إثبات ولا إجراء قسامة على أحد الوجهين السابقين كانت الدية من بيت المال حتى لا يبطل دم في الإسلام.

الاتجاه الثاني: (عدم مشروعية القسامة):

يذهب أنصار هذا الإتجاه إلى إنكار مشروعية القسامة وهذا اتجاه جماعة من السلف منهم أبو قلابة، وسالم بن عبد الله، والحكم بن عتيبة، وقتادة، وسليمان بن يسار، وإبراهيم بن علية، ومسلم بن خالد، وعمر بن عبد العزيز في رواية عنه ومن المنكرين للقسامة أيضاً الناصر من الزيدية.

يستند هؤلاء الفقهاء إلى ما يلي:

---

549 ابن حجر: فتح الباري - ج12 ص235.

(1) "أن القسامة غير ثابتة لمخالفتها لأصول الشريعة من وجوه: منها أن (البينة على المدعي واليمين على المنكر)[550] في أصل الشرع. ومنها أن اليمين لا يجوز إلا على ما علمه الإنسان قطعا بالمشاهدة الحسية أو ما يقوم مقامها، وأيضا لم يكن في حديث الباب حكم بالقسامة وإنما كانت القسامة من أحكام الجاهلية فتلطف لهم النبي صلى الله عليه وسلم ليريهم كيف بطلانها"[551]

ويقول ابن رشد: "وعمدة الفريق النافي لوجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لأصول الشرع المجمع على صحتها فمنها أن الأصل في الشرع أن لا يحلف إلا على ما علم قطعا أو شاهد حساً، وإذا كان ذلك كذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل، بل قد يكونون في بلد، والقتل في بلد آخر"[552]

(2) ما رواه البخاري عن أبي قلابة:

" أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَبْرَزَ سَرِيرَهُ يَوْمًا لِلنَّاسِ ، ثُمَّ أَذِنَ لَهُمْ فَدَخَلُوا فَقَالَ مَا تَقُولُونَ فِى الْقَسَامَةِ قَالَ نَقُولُ الْقَسَامَةُ الْقَوَدُ بِهَا حَقٌّ ، وَقَدْ أَقَادَتْ بِهَا الْخُلَفَاءُ . قَالَ لِى مَا تَقُولُ يَا أَبَا قِلاَبَةَ وَنَصَبَنِى لِلنَّاسِ . فَقُلْتُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عِنْدَكَ رُءُوسُ الأَجْنَادِ وَأَشْرَافُ الْعَرَبِ ، أَرَأَيْتَ لَوْ أَنَّ خَمْسِينَ مِنْهُمْ شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ مُحْصَنٍ بِدِمَشْقَ أَنَّهُ قَدْ

---

[550] هذا حديث رواه البيهقي في سننه: "عَنِ ابْنِ أَبِى مُلَيْكَةَ قَالَ : كُنْتُ قَاضِيًا لاِبْنِ الزُّبَيْرِ عَلَى الطَّائِفِ فَذَكَرَ قِصَّةَ الْمَرْأَتَيْنِ قَالَ فَكَتَبْتُ إِلَى ابْنِ عَبَّاسٍ فَكَتَبَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِىَ اللَّهُ عَنْهُمَا إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- قَالَ :« لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لاَدَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِى وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ ». سنن البيهقي الحديث رقم 21733.

[551] الشوكاني: نيل الأوطار ـ دار الوفاء ـ مصر ـ ج5 ص195.

[552] ابن رشد: بداية المجتهد ـ ج2 ص320.

زَنَى ، لَمْ يَرَوْهُ أَكُنْتَ تَرْجُمُهُ قَالَ لاَ . قُلْتُ أَرَأَيْتَ لَوْ أَنَّ خَمْسِينَ مِنْهُمْ شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِحِمْصَ أَنَّهُ سَرَقَ أَكُنْتَ تَقْطَعُهُ وَلَمْ يَرَوْهُ قَالَ لاَ . قُلْتُ فَوَاللَّهِ مَا قَتَلَ رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - قَطُّ ، إِلاَّ فِى إِحْدَى ثَلاَثِ خِصَالٍ رَجُلٌ قَتَلَ بِجَرِيرَةِ نَفْسِهِ فَقُتِلَ ، أَوْ رَجُلٌ زَنَى بَعْدَ إِحْصَانٍ ، أَوْ رَجُلٌ حَارَبَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَارْتَدَّ عَنِ الإِسْلاَمِ . فَقَالَ الْقَوْمُ أَوَلَيْسَ قَدْ حَدَّثَ أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - قَطَعَ فِى السَّرَقِ وَسَمَرَ الأَعْيُنَ ، ثُمَّ نَبَذَهُمْ فِى الشَّمْسِ . فَقُلْتُ أَنَا أُحَدِّثُكُمْ حَدِيثَ أَنَسٍ ، حَدَّثَنِى أَنَسٌ أَنَّ نَفَرًا مِنْ عُكْلٍ ثَمَانِيَةً قَدِمُوا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - فَبَايَعُوهُ عَلَى الإِسْلاَمِ ، فَاسْتَوْخَمُوا الأَرْضَ فَسَقِمَتْ أَجْسَامُهُمْ ، فَشَكَوْا ذَلِكَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - قَالَ « أَفَلاَ تَخْرُجُونَ مَعَ رَاعِينَا فِى إِبِلِهِ ، فَتُصِيبُونَ مِنْ أَلْبَانِهَا وَأَبْوَالِهَا » . قَالُوا بَلَى ، فَخَرَجُوا فَشَرِبُوا مِنْ أَلْبَانِهَا وَأَبْوَالِهَا فَصَحُّوا ، فَقَتَلُوا رَاعِىَ رَسُولِ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - وَأَطْرَدُوا النَّعَمَ ، فَبَلَغَ ذَلِكَ رَسُولَ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - فَأَرْسَلَ فِى آثَارِهِمْ ، فَأُدْرِكُوا فَجِىءَ بِهِمْ ، فَأَمَرَ بِهِمْ فَقُطِّعَتْ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ ، وَسَمَرَ أَعْيُنَهُمْ ، ثُمَّ نَبَذَهُمْ فِى الشَّمْسِ حَتَّى مَاتُوا . قُلْتُ وَأَىُّ شَىْءٍ أَشَدُّ مِمَّا صَنَعَ هَؤُلاَءِ ارْتَدُّوا عَنِ الإِسْلاَمِ وَقَتَلُوا وَسَرَقُوا . فَقَالَ عَنْبَسَةُ بْنُ سَعِيدٍ وَاللَّهِ إِنْ سَمِعْتُ كَالْيَوْمِ قَطُّ . فَقُلْتُ أَتَرُدُّ عَلَىَّ حَدِيثِى يَا عَنْبَسَةُ قَالَ لاَ ، وَلَكِنْ جِئْتَ بِالْحَدِيثِ عَلَى وَجْهِهِ ، وَاللَّهِ لاَ يَزَالُ هَذَا الْجُنْدُ بِخَيْرٍ مَا عَاشَ هَذَا الشَّيْخُ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ . قُلْتُ وَقَدْ كَانَ فِى هَذَا سُنَّةٌ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - دَخَلَ عَلَيْهِ نَفَرٌ مِنَ الأَنْصَارِ فَتَحَدَّثُوا عِنْدَهُ ، فَخَرَجَ رَجُلٌ مِنْهُمْ بَيْنَ أَيْدِيهِمْ فَقُتِلَ ، فَخَرَجُوا بَعْدَهُ ، فَإِذَا هُمْ بِصَاحِبِهِمْ يَتَشَحَّطُ فِى الدَّمِ ، فَرَجَعُوا إِلَى

رَسُولِ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ صَاحِبُنَا كَانَ تَحَدَّثَ مَعَنَا ، فَخَرَجَ بَيْنَ أَيْدِينَا ، فَإِذَا نَحْنُ بِهِ يَتَشَحَّطُ فِى الدَّمِ . فَخَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - فَقَالَ « بِمَنْ تَظُنُّونَ أَوْ تَرَوْنَ قَتَلَهُ » . قَالُوا نَرَى أَنَّ الْيَهُودَ قَتَلَتْهُ . فَأَرْسَلَ إِلَى الْيَهُودِ فَدَعَاهُمْ . فَقَالَ « آنْتُمْ قَتَلْتُمْ هَذَا » . قَالُوا لاَ . قَالَ « أَتَرْضَوْنَ نَفَلَ خَمْسِينَ مِنَ الْيَهُودِ مَا قَتَلُوهُ » . فَقَالُوا مَا يُبَالُونَ أَنْ يَقْتُلُونَا أَجْمَعِينَ ثُمَّ يَنْتَفِلُونَ . قَالَ «أَفَتَسْتَحِقُّونَ الدِّيَةَ بِأَيْمَانِ خَمْسِينَ مِنْكُمْ » . قَالُوا مَا كُنَّا لِنَحْلِفَ ، فَوَدَاهُ مِنْ عِنْدِهِ . قُلْتُ وَقَدْ كَانَتْ هُذَيْلٌ خَلَعُوا خَلِيعًا لَهُمْ فِى الْجَاهِلِيَّةِ فَطَرَقَ أَهْلَ بَيْتٍ مِنَ الْيَمَنِ بِالْبَطْحَاءِ فَانْتَبَهَ لَهُ رَجُلٌ مِنْهُمْ فَحَذَفَهُ بِالسَّيْفِ فَقَتَلَهُ، فَجَاءَتْ هُذَيْلٌ فَأَخَذُوا الْيَمَانِىَ فَرَفَعُوهُ إِلَى عُمَرَ بِالْمَوْسِمِ وَقَالُوا قَتَلَ صَاحِبَنَا . فَقَالَ إِنَّهُمْ قَدْ خَلَعُوهُ . فَقَالَ يُقْسِمُ خَمْسُونَ مِنْ هُذَيْلٍ مَا خَلَعُوهُ . قَالَ فَأَقْسَمَ مِنْهُمْ تِسْعَةٌ وَأَرْبَعُونَ رَجُلاً ، وَقَدِمَ رَجُلٌ مِنْهُمْ مِنَ الشَّأْمِ فَسَأَلُوهُ أَنْ يُقْسِمَ فَافْتَدَى يَمِينَهُ مِنْهُمْ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ، فَأَدْخَلُوا مَكَانَهُ رَجُلاً آخَرَ ، فَدَفَعَهُ إِلَى أَخِى الْمَقْتُولِ فَقُرِنَتْ يَدُهُ بِيَدِهِ ، قَالُوا فَانْطَلَقَا وَالْخَمْسُونَ الَّذِينَ أَقْسَمُوا حَتَّى إِذَا كَانُوا بِنَخْلَةَ ، أَخَذَتْهُمُ السَّمَاءُ فَدَخَلُوا فِى غَارٍ فِى الْجَبَلِ ، فَانْهَجَمَ الْغَارُ عَلَى الْخَمْسِينَ الَّذِينَ أَقْسَمُوا فَمَاتُوا جَمِيعًا ، وَأَفْلَتَ الْقَرِينَانِ وَاتَّبَعَهُمَا حَجَرٌ فَكَسَرَ رِجْلَ أَخِى الْمَقْتُولِ ، فَعَاشَ حَوْلاً ثُمَّ مَاتَ . قُلْتُ وَقَدْ كَانَ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ مَرْوَانَ أَقَادَ رَجُلاً بِالْقَسَامَةِ ثُمَّ نَدِمَ بَعْدَ مَا صَنَعَ ، فَأَمَرَ بِالْخَمْسِينَ الَّذِينَ أَقْسَمُوا فَمُحُوا مِنَ الدِّيوَانِ وَسَيَّرَهُمْ إِلَى الشَّأْمِ"[553]

---

[553] البخاري: الحديث رقم 6899.

(3) "وإذا كانت هذه الآثار غير نص في القضاء بالقسامة، والتأويل يتطرق إليها فصرفها بالتأويل إلى الأصول أولى"[554]

(4) الآثار: ذكر ابن حجر: "وأخرج بن المنذر من طريق الزهري قال: قال لي عمر بن عبد العزيز: (إني أريد أن أدع القسامة يأتي رجل من أرض كذا وآخر من أرض كذا فيحلفون على ما لا يرون) فقلت إنك إن تتركها يوشك أن الرجل يقتل عند بابك فيبطل دمه، وان للناس في القسامة لحياة) وسبق عمر بن عبد العزيز إلى إنكار القسامة سالم بن عبد الله بن عمر فاخرج بن المنذر عنه أنه كان يقول: (يا لقوم يحلفون على أمر لم يروه، ولم يحضروه، ولو كان لي أمر لعاقبتهم ولجعلتهم نكالاً، ولم أقبل لهم شهادة) وهذا يقدح في نقل إجماع أهل المدينة على القود بالقسامة فان سالماً من أجل فقهاء المدينة، وأخرج بن المنذر أيضا عن ابن عباس أن القسامة لا يقاد بها وأخرج بن أبي شيبة من طريق إبراهيم النخعي قال القود بالقسامة جور، ومن طريق الحكم بن عتيبة أنه كان لا يرى القسامة شيئاً"[555]

الرد على منكري القسامة:

أجاب القائلون بمشروعية القسامة على ما احتج به منكرو مشروعية القسامة بالتالي:

---

[554] ابن رشد: بداية المجتهد - ج2 ص321.

[555] ابن حجر فتح الباري - ج14 ص222.

"وأجيب بأن القسامة أصل من أصول الشريعة مستقل لورود الدليل بها فتخصص بها الأدلة العامة، وفيها حفظ للدماء، وزجر للمعتدين، ولا يحل طرح سنة خاصة لأجل سنة عامة، وعدم الحكم في حديث سهل بن أبي حثمة لا يستلزم عدم الحكم مطلقا فإنه صلى الله عليه وسلم قد عرض على المتخاصمين اليمين، وقال إما أن يدوا صاحبكم، وإما أن يأذنوا بحرب كما في رواية متفق عليها، وهو لا يعرض إلا ما كان شرعاً، وأما دعوى أنه قال ذلك للتلطف بهم وإنزالهم من حكم الجاهلية فباطلة. كيف وفي حديث أبي سلمة[556] المذكور في الباب أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية "[557]

قال القرطبي: "قال القرطبي الأصل في الدعاوى أن اليمين على المدعي عليه، وحكم القسامة أصل بنفسه لتعذر إقامة البينة على القتل فيها غالبا، فان القاصد للقتل يقصد الخلوة، ويترصد الغفلة، وتأيدت بذلك الرواية الصحيحة المتفق عليها، وبقي ما عدا القسامة على الأصل، ثم ليس ذلك خروجا عن الأصل بالكلية، بل لأن المدعي عليه إنما كان القول قوله لقوة جانبه بشهادة الأصل له بالبراءة مما ادعى عليه، وهو موجود في القسامة في جانب المدعي لقوة جانبه باللوث الذي يقوي دعواه"[558]

---

[556] وهو الحديث الذي رواه مسلم: "عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَخْبَرَنِى أَبُو سَلَمَةَ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَسُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ مَوْلَى مَيْمُونَةَ زَوْجِ النَّبِىِّ -صلى الله عليه وسلم- عَنْ رَجُلٍ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- مِنَ الأَنْصَارِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- أَقَرَّ الْقَسَامَةَ عَلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ فِى الْجَاهِلِيَّةِ" الحديث رقم 4442.

[557] الشوكاني: نيل الأوطار - ج5 ص196.

[558] ابن حجر: فتح الباري - ج14 ص227.

وفي بداية المجتهد: " وأما القائلون بها وبخاصة مالك فرأى أن سنة القسامة منفردة بنفسها مخصصة للأصول كسائر السنن المخصصة"[559]

وقال ابن حزم:"والقول عندنا هو ما قلناه من أن البينة في الدعاوى كلها دماء كانت أو غيرها سواء واليمين في كل ذلك سواء يمين واحدة فقط على من ادعى عليه إلا في الزنى والقسامة ففي الزنى أربعة من الشهود فصاعدا لا أقل للنص الوارد في ذلك خاصة وفي القسامة خمسون يمينا لا أقل للنص الوارد في ذلك. وبقي كل ما عدا ذلك على عموم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم (بينتك أو يمينه ليس لك إلا ذلك). وعلى قوله صلى الله عليه وسلم (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على من ادعى عليه) فلا يخرج من هذا إلا ما أخرجه النص"[560]

أما استدلالهم بما رواه البخاري عن أبي قلابة:

جاء في فتح الباري:"قال المهلب فيما حكاه ابن بطال الذي اعترض به أبو قلابة من قصة العرنيين لا يفيد مراده من ترك القسامة لجواز قيام البينة والدلائل التي لا تدفع على تحقيق الجناية في حق العرنيين، فليس قصتهم من طريق القسامة في شيء، لأنها إنما تكون في الاختفاء بالقتل، حيث لا بينة ولا دليل، وأما العرنيون فانهم كشفوا وجوههم لقطع السبيل والخروج على المسلمين فكان أمرهم غير أمر من ادعى القتل حيث لا بينة هناك، قال وما ذكره هنا من انهدام الغار عليهم يعارضه ما تقدم من السنة، قال وليس رأي أبي قلابة حجة ولا

[559] ابن رشد: بداية المجتهد - ج2 ص321.
[560] ابن حزم: المحلى - ج11 ص306.

ترد به السنن، وكذا محو عبد الملك أسماء الذين أقسموا من الديوان، قلت (أي ابن حجر) والذي يظهر لي أن مراد أبي قلابة بقصة العرنيين خلاف ما فهمه عنه المهلب أن قصتهم كان يمكن فيها القسامة فلم يفعلها النبي صلى الله عليه وسلم وإنما أراد الاستدلال بها لما ادعاه من الحصر الذي ذكره في أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقتل أحداً إلا في إحدى ثلاث، فعورض بقصة العرنيين، وحاول المعترض إثبات قسم رابع فرد عليه أبو قلابة بما حاصله أنهم إنما استوجبوا القتل بقتلهم الراعي وبارتدادهم عن الدين وهذا بين لا خفاء فيه، وإنما استدل على ترك القود بالقسامة بقصة القتيل عند اليهود فليس فيها للقود بالقسامة ذكر بل ولا في أصل القصة التي هي عمدة الباب تصريح بالقود"[561]

لكن ابن المنير اعترض على رأي المهلب بقوله: "توهم المهلب أن أبا قلابة عارض حديث القسامة بحديث العرنيين فأنكر عليه فوهم، وإنما اعترض أبو قلابة على القسامة بالحديث الدال على حصر القتل في ثلاثة أشياء، فإن الذي عارضه ظن أن في قصة العرنيين حجة في جواز قتل من لم يذكر في الحديث المذكور كأن يتمسك الحجاج في قتل من لم يثبت عليه واحدة من الثلاثة، وكأن عنبسة تلقف ذلك عنه فإنه كان صديقه فبين أبو قلابة أنه ثبت عليهم قتل الراعي بغير حق والارتداد عن الإسلام وهو جواب ظاهر فلم يورد أبو قلابة قصة العرنيين مستدلا بها على ترك القسامة بل رد على

---

[561] ابن حجر: فتح الباري - ج14 ص235.

من تمسك بها للقود بالقسامة وأما قصة الغار فأشار بها إلى أن العادة جرت بهلاك من حلف في القسامة من غير علم"[562]

ويجيب ابن حجر على ما جاء في حديث أبي قلابة نقلاً عن ابن المنير: "ثم أنه ليس في سياق قصة الهذليين تصريح بما صنع عمر، هل أقاد بالقسامة، أو حكم بالدية، فقول المهلب ما تقدم من السنة إن كان أشار به إلى صنيع عمر فليس بواضح، وأما قوله إن رأى أبي قلابة ومحو عبد الملك من الديوان، لا ترد به السنن فمقبول، لكن ما هي السنة التي وردت بذلك، نعم لم يظهر لي وجه استدلال أبي قلابة بأن القتل لا يشرع إلا في الثلاثة لرد القود بالقسامة مع أن القود قتل نفس بنفس وهو أحد الثلاثة وإنما وقع النزاع في الطريق إلى ثبوت ذلك"[563]

قال الكاساني في سبب وجوب القسامة:

"وأما بيان سبب وجوب القسامة والدية فنقول سبب وجوبهما هو التقصير في النصرة وحفظ الموضع الذي وجد فيه القتيل ممن وجب عليه النصرة والحفظ لأنه إذا وجب عليه الحفظ فلم يحفظ مع القدرة على الحفظ صار مقصرا بترك الحفظ الواجب فيؤاخذ بالتقصير زجرا عن ذلك وحملا على تحصيل الواجب وكل من كان أخص بالنصرة والحفظ كان أولى بتحمل القسامة والدية لأنه أولى بالحفظ فكان التقصير منه أبلغ ولأنه إذا اختص بالموضع ملكا أو يدا بالتصرف كانت منفعته له فكانت النصرة عليه إذ الخراج بالضمان على لسان رسول الله، وقال تبارك وتعالى (لها ما كسبت وعليها ما

---

[562] ابن حجر: فتح الباري - ج14 ص235، ص236.

[563] ابن حجر: فتح الباري - ج14 ص236.

اكتسبت)، ولأن القتيل إذا وجد في موضع اختص به واحد أو جماعة إما بالملك أو باليد وهو التصرف فيه فيتهمون أنهم قتلوه فالشرع ألزمهم القسامة دفعا للتهمة، والدية لوجود القتيل بين أظهرهم"[564]

الرأي المختار:

بعد مناقشة الأدلة السابقة، وبسط وجهات النظر فيها؛ أرى صحة الرأي القائل بمشروعية القسامة:

أولاً: للأدلة التي سيقت على ذلك، ولما للقسامة من أهمية بالغة في إثبات جريمة القتل في الوقت الذي تفتقر فيه إلى الأدلة الشرعية الأخرى.

ثانياً: لو لم يعمل بالقسامة لهلكت أنفس واجترأ كثير من الناس عليها، وتحايلوا على القتل دون أن تمسهم عقوبة من الحاكم.

ثالثاً: لذا شرعت القسامة حفظاً للأنفس، وصيانة لها من الهدر، وردعاً للمعتدين، فهي مانع رادع تمنع المجرم من ارتكاب جريمة القتل، فمهما حاول التستر والتخفي فإن وسائل الإثبات لا تتعسر على أولياء المقتول فيضع في حسابه أنه لن يفلت من العقاب، ومن ثم تفتر همته في اقتراف جريمة القتل والتهجم على سفك الدماء.

رابعاً: إذا كان في القصاص حياة للناس، فكذلك القسامة فإنها حياة للناس كما قال ابن شهاب الزهري لعمر بن عبد العزيز.

خامساً: كما أرى أن القسامة تشرع في الأماكن (مدن/قرى/قبائل صحراوية أو جبلية/غابات/أطراف نائية يصعب الوصول إليها إلخ) التي لا تتوافر فيها المعامل الجنائية الحديثة التي تستخدم في وسائل

---

[564] الكاساني: بدائع الصنائع - ج7 ص290، ص291.

الإثبات الجنائي كرفع البصمات، والحامض النووي (DNA) لأن هذه الوسائل الحديثة ثبت أنها أدق في معرفة القاتل، لذلك أرى أن القسامة لا جدوى لها إذا كانت هناك معامل جنائية حديثة تستطيع أن تتعرف على الجاني بنسبة كبيرة جداً تريح كل الأطراف؛ أهل القتيل وأهل القاتل.

(3) كيفية القسامة:

اختلف الفقهاء القائلون بمشروعية القسامة في كيف تتم القسامة على رأيين:

الرأي الأول: (القسامة خمسون يميناً المدعلى عليهم):

يرى أن القسامة خمسون يميناً يحلفها أهل المحلة التي وجد بينهم قتيل لا يدرى قاتله. يقول الكاساني: " وهو أن يقول خمسون من أهل المحلة إذا وجد قتيل فيها بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا فإذا حلفوا يغرمون الدية"[565] وللولي أن يختار من أهل المحلة خمسين للقسم يحلفون بالله: ما قتلناه، ولا علمنا بقتله.

جاء في مبسوط الأحناف: "ولأولياء القتيل أن يختاروا في القسامة صالحي العشيرة من الذين وجد بين أظهرهم القتيل فيحلفونهم لأن النبي صلى الله عليه الصلاة والسلام قال لأخ القتيل اختر منهم خمسين رجلا فدل أن الخيار إليه وهو حقه يستوفي بطلبه وإليه تعيين من يستوفي منه حقه، وله أن يختار الشبان والفسقة منهم، لأن تهمة

---

[565] الكاساني: بدائع الصنائع - ج7 ص286

القتل عليهم أظهر، وله أن يختار المشايخ والصلحاء منهم لأنهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة أكثر مما يتحرز الفسقة، فإذا علموا القاتل منهم أظهروه ولم يحلفوا"[566]

وإن نقصوا عن الخمسين كررت الأيمان عليهم، وفي حالة ما إذا أبى المدعى عليهم أن يحلفوا، فإن القاضي يستحلف خمسين من المدعين أن حقنا قبلكم، ثم يعطون الدية. **قال السرخسي**: "فإن لم يكمل العدد خمسون رجلا كررت عليهم الأيمان حتى يكملوا خمسين يمينا لما روي أن الذين جاءوا إلى عمر رضي الله عنه من أهل وادعة كانوا تسعة وأربعين رجلا منهم فحلفهم ثم اختار منهم واحدا فكرر عليه اليمين وهذا لأن عدد اليمين في القسامة منصوص عليه ولا يجوز الإخلال بالعدد المنصوص عليه ويجوز تكرار اليمين من واحد كما في كلمات اللعان"[567]

وهذا مذهب الحنفية ودليلهم على ذلك :

(1) حديث رواه البيهقي في سننه:

"عَنِ ابْنِ أَبِى مُلَيْكَةَ قَالَ : كُنْتُ قَاضِيًا لاِبْنِ الزُّبَيْرِ عَلَى الطَّائِفِ فَذَكَرَ قِصَّةَ الْمَرْأَتَيْنِ قَالَ فَكَتَبْتُ إِلَى ابْنِ عَبَّاسٍ فَكَتَبَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِىَ اللَّهُ عَنْهُمَا إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- قَالَ :« لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لاَدَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِى وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ"[568]

(2) حديث سهل بن أبي حثمة:

---

[566] السرخسي: المبسوط - مج13 ج26 ص98.
[567] السرخسي: السابق - مج13 ج26 ص98.
[568] سنن البيهقي الحديث رقم 21733.

"عَنْ بُشَيْرِ بْنِ يَسَارٍ زَعَمَ أَنَّ رَجُلاً مِنَ الأَنْصَارِ يُقَالُ لَهُ سَهْلُ بْنُ أَبِى حَثْمَةَ أَخْبَرَهُ أَنَّ نَفَرًا مِنْ قَوْمِهِ انْطَلَقُوا إِلَى خَيْبَرَ فَتَفَرَّقُوا فِيهَا ، وَوَجَدُوا أَحَدَهُمْ قَتِيلاً ، وَقَالُوا لِلَّذِى وُجِدَ فِيهِمْ قَتَلْتُمْ صَاحِبَنَا . قَالُوا مَا قَتَلْنَا وَلاَ عَلِمْنَا قَاتِلاً . فَانْطَلَقُوا إِلَى النَّبِىِّ - صلى الله عليه وسلم - فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ انْطَلَقْنَا إِلَى خَيْبَرَ فَوَجَدْنَا أَحَدَنَا قَتِيلاً . فَقَالَ « الْكُبْرَ الْكُبْرَ » . فَقَالَ لَهُمْ « تَأْتُونَ بِالْبَيِّنَةِ عَلَى مَنْ قَتَلَهُ » . قَالُوا مَا لَنَا بَيِّنَةٌ . قَالَ « فَيَحْلِفُونَ » . قَالُوا لاَ نَرْضَى بِأَيْمَانِ الْيَهُودِ . فَكَرِهَ رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - أَنْ يُبْطِلَ دَمَهُ ، فَوَدَاهُ مِائَةً مِنْ إِبِلِ الصَّدَقَةِ "[569]

يقول السرخسي: فهذه الآثار تدل على ثبوت حكم القسامة والدية في القتيل الموجود في المحلة على أهلها، ونوع من المعنى يدل عليه أيضا، وهو أن الظاهر أن القاتل منهم لأن الإنسان قلما يأتي من محلة إلى محلة ليقتل مختاراً فيها وإنما تمكن القاتل منهم من هذا الفعل بقوتهم ونصرتهم فكانوا كالعاقلة فأوجب الشرع الدية عليهم صيانة لدم المقتول عن الهدر وأوجب القسامة عليهم لرجاء أن يظهر القاتل بهذا الطريق فيتخلص غير الجاني إذا ظهر الجاني ولهذا يستحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم على أهل كل محلة حفظ محلهم عن مثل هذه الفتنة لأن التدبير في محلتهم إليهم فإنما وقعت هذه الحادثة لتفريط كان منهم في الحفظ حين تغافلوا عن الأخذ على أيدي السفهاء منهم أو من غيرهم فأوجب الشرع القسامة والدية

---

[569] البخاري: الحديث رقم 6898.

علـيهم لـذلك ووجـوب القسـامة والديـة علـى أهـل المحلـة مـذهب علمائنا"[570]

الرأي الثاني: (القسامة خمسون يميناً يحلفها أولياء القتيل):

يذهب أصحاب هذا الرأي أن القسامة خمسون يميناً يحلفها أولياء القتيل عند وجود اللوث، وهو قرينة تدل على صدق المدعي بأن يغلب على الظن صدقه في دعوى القتل على من يدعيه عليه فإن لم يحلفوا استحلف المدعى عليه الخمسين يميناً وبرئ. وهذا هو مذهب الشافعية، والمالكية، والحنابلة، وغيرهم.

فأصحاب هذا الرأي يفرقون بين إذا كان هناك لوث أي قرينة تدل على صدق المدعي أو لا توجد فإذا كان هناك لوث فاليمين على المدعى عليهم وإذا لم يكن هناك لوث فاليمين على المدعي كما في سائر الدعاوى لأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه. **قال ابن قدامة**: " إذا وجد قتيل في موضع فادعى أولياؤه قتله على رجل أو جماعة ولم تكن بينهم عداوة ولا لوث فهي كسائر الدعاوى إن كانت لهم بينة حكم لهم بها، وإلا فالقول قول المنكر وبهذا قال مالك والشافعي وابن المنذر "[571]

ويقول ابن قدامة في موضع آخر: "أن الأولياء إذا ادعوا القتل على من بينه وبين القتيل لوث شرعت اليمين في حق المدعين أولاً فيحلفون خمسين يميناً على المدعى عليه إن قتله وثبت حقهم قبله،

---

[570] السرخسي: المبسوط - ج26 ص107، ص108.

[571] ابن قدامة: المغني - ج10 ص3.

فإن لم يحلفوا استحلف المدعى عليهم خمسين يميناً وبرئ وبهذا قال يحيى بن سعيد أو الزناد ومالك الشافعي"[572]

واحتج أنصار هذا الرأي: "ولنا حديث عبد الله بن سهل وقول النبي صلى الله عليه وسلم (لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه) رواه مسلم وقول النبي صلى الله عليه وسلم (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) ولأن الأصل في المدعى عليه براءة ذمته، ولم يظهر كذبه، فكان القول قوله كسائر الدعاوى ولأنه مدعى عليه فلم تلزمه اليمين والغرم كسائر الدعاوى، وقول النبي صلى الله عليه وسلم أولى من قول عمر وأحق بالاتباع. ثم قصة عمر يحتمل أنهم اعترفوا بالقتل خطأ وأنكروا العمد، فأحلفوا على العمد ثم إنهم لا يعملون بخبر النبي صلى الله عليه وسلم المخالف للأصول وقد صاروا هاهنا إلى ظاهر قول عمر المخالف للأصول وهو إيجاب الأيمان على غير المدعى عليه، وإلزامهم الغرم مع عدم الدعوى عليهم، والجمع بين تحليفهم وتغريمهم وحبسهم على الأيمان، قال ابن المنذر سن النبي صلى الله عليه وسلم (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه)، وسن القسامة في القتيل الذي وجد بخيبر وقول أصحاب الرأي خارج عن هذه السنن"[573]

وجاء في المغني: "أنه إذا ادعى القتل ولم تكن عداوة ولا لوث ففيه عن أحمد روايتان إحداهما لا يحلف المدعى عليه ولا يحكم عليه بشيء ويخلى سبيله هذا الذي ذكره الخرقي هاهنا وسواء كانت

---

[572] ابن قدامة: المغني - ج10 ص18.

[573] ابن قدامة: المغني - ج10 ص4.

الدعوى خطأ أو عمدا لأنها دعوى فيما لا يجوز بذله فلم يستحلف فيها كالحدود ولأنه لا يقضى في هذه الدعوى بالنكول فلم يستحلف فيها كالحدود. والثانية يستحلف وهو الصحيح وهو قول الشافعي لعموم قوله عليه السلام اليمين على المدعى عليه وقول النبي صلى الله عليه وسلم لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه ظاهر في إيجاب اليمين ها هنا لوجهين أحدهما عموم اللفظ فيه . والثاني أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكره في صدر الخبر بقوله لادعى قوم دماء رجال وأموالهم، ثم عقبه بقوله، ولكن اليمين على المدعى عليه فيعود إلى المدعى عليه المذكور في الحديث ولا يجوز إخراجه منه إلا بدليل أقوى منه، ولأنها دعوى في حق آدمي فيستحلف فيها كدعوى المال، ولأنها دعوى لو أقر بها لم يقبل رجوعه عنها فتجب اليمين فيها كالأصل المذكور، إذا ثبت هذا فالمشروع يمين واحدة، وعن أحمد أنه يشرع خمسون يمينا لأنها دعوى في القتل، فكان المشروع فيها خمسون يمينا كما لو كان بينهم لوث"[574]

وفي روضة الطالبين: " أيمان القسامة من جهة المدعي أما إذا بغير لوث وتوجهت اليمين على المدعى عليه فهل يغلظ عليه بالعدد قولان أظهرهما نعم لأنها يمين دم فإن نكل المدعى عليه رد على المدعي ما توجه على المدعى عليه"[575]

وقال مالك في الموطأ: "الأمر المجتمع عليه عندنا والذي سمعت ممن أرضى في القسامة والذي اجتمعت عليه الأئمة في القديم

[574] ابن قدامة: المغني ج8ص6.

[575] النووي: روضة الطالبين ـ دار ابن حزم ـ بيروت ص1706.

والحديث، أن يبدأ بالأيمان؛ المدعون في القسامة، فيحلفون، وأن القسامة لا تجب إلا بأحد أمرين: إما أن يقول المقتول دمي عند فلان، أو يأتي ولاة الدم بلوث من بينة، وإن لم تكن قاطعة على الذي يدعى عليه الدم. فهذا يوجب القسامة للمدعين الدم على من ادعوه عليه، ولا تجب القسامة عندنا إلا بأحد هذين الوجهين"[576]

"قال مالك وتلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا، والذي لم يزل عليه عمل الناس أن المبدئين بالقسامة أهل الدم، والذين يدعونه في العمد والخطأ، قال مالك: وقد بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم الحارثيين في قتل صاحبهم الذي قتل بخيبر. قال مالك فإن حلف المدعون استحقوا دم صاحبهم وقتلوا من حلفوا عليه"[577]

وقد استدل أنصار هذا الرأي بما رواه مسلم في صحيحه عن سهل بن أبي حثمة: "عَنْ بُشَيْرِ بْنِ يَسَارٍ عَنْ سَهْلِ بْنِ أَبِى حَثْمَةَ - قَالَ يَحْيَى وَحَسِبْتُ قَالَ - وَعَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ أَنَّهُمَا قَالاَ خَرَجَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَهْلِ بْنِ زَيْدٍ وَمُحَيِّصَةُ بْنُ مَسْعُودِ بْنِ زَيْدٍ حَتَّى إِذَا كَانَا بِخَيْبَرَ تَفَرَّقَا فِى بَعْضِ مَا هُنَالِكَ ثُمَّ إِذَا مُحَيِّصَةُ يَجِدُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَهْلٍ قَتِيلاً فَدَفَنَهُ ثُمَّ أَقْبَلَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- هُوَ وَحُوَيِّصَةُ بْنُ مَسْعُودٍ وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ سَهْلٍ وَكَانَ أَصْغَرَ الْقَوْمِ فَذَهَبَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ لِيَتَكَلَّمَ قَبْلَ صَاحِبَيْهِ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « كَبِّرِ ». الْكُبْرَ فِى السِّنِّ فَصَمَتَ فَتَكَلَّمَ صَاحِبَاهُ وَتَكَلَّمَ مَعَهُمَا فَذَكَرُوا لِرَسُولِ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- مَقْتَلَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَهْلٍ فَقَالَ لَهُمْ « أَتَحْلِفُونَ

---

[576] مالك: الموطأ - دار الآفاق الجديدة - المغرب - ص756.

[577] مالك: الموطأ - دار الآفاق الجديدة - المغرب - ص756.

خَمْسِينَ يَمِينًا فَتَسْتَحِقُّونَ صَاحِبَكُمْ"[578] وهذا دليل مشروعية القسامة بهذه الكيفية وعلى ثبوت القتل عمداً أو خطأ حسب أنصار هذا الرأي.

الرأي المختار:

وفي اعتقادنا أن ما ذهب إليه الحنفية في تصويرهم للقسامة يتفق مع القواعد الفقهية، ذلك أن أهل الحي أو القبيلة التي وجد القتيل فيها يكونون في موضع الاتهام، والبينة على من ادعى، واليمين على من أنكر. كما أن ذلك يتفق مع القصد من القسامة وهو ألا يذهب دم في الإسلام هدراً. فتصوير الحنفية للقسامة بهذه الكيفية هو الوسيلة الطبيعية لإظهار الفاعلين في حوادث القتل، لأن أهل القرية أو المحلة التي وجد فيها القتيل إذا علموا أنهم سيغرمون دية القتيل الذي لم يظهر قاتله اجتهدوا في منع المشبوهين من الإقامة بين ظهرانيهم، وأخذوا على أيدي سفهائهم ومجرميهم، كما أن كل من لديه معلومات عن قتل سابقة أو لاحقة لن يتأخر في الغالب عن تبليغها للجهات المختصة، بل إنهم قد يحملون القاتل على أن يقدم نفسه ويعترف بجريمته.

(4) كيفية اختيار أهل القسامة:

[578] مسلم: الحديث رقم 4434.

اختلف الفقهاء فيمن يبدأ بالقسامة، هل هم أولياء القتيل أم المدعى عليهم، فإنهم اختلفوا أيضاً في كيفية اختيار من سيقوم بحلف أيمان القسامة، وذلك على النحو التالي بيانه:

الرأي الأول:

الذين يرون أن الخمسين يبدأ بها المدعى عليهم يذهبون إلى أن القسامة لا تجب إلا على الرجال العقلاء. قال الكاساني: "وأما بيان من يدخل في القسامة والدية بعد وجوبهما، ومن لا يدخل في ذلك فنقول وبالله التوفيق الصبي والمجنون لا يدخلان في القسامة في أي موضع وجد القتيل، سواء وجد في غير ملكهما، أو في ملكهما، لأن القسامة يمين وهما ليسا من أهل اليمين، ولهذا لا يستحلفان في سائر الدعاوى، ولأن القسامة تجب على من هو من أهل النصرة، وهما ليسا من أهل النصرة، فلا تجب القسامة عليهما، وتجب على عاقلتهما إذا وجد القتيل في ملكهما، لتقصيرهم بترك النصرة اللازمة"[579]

وهناك خلاف في المذهب الحنفي فيما إذا كان الصبي والمجنون يدخلون في الدية مع العاقلة. قال في بدائع الصنائع: " وهل يدخلان في الدية مع العاقلة فإن وجد القتيل في غير ملكهما كالمحلة وملك إنسان لا يدخلان فيها وإن وجد في ملكهما يدخلان لأن وجود القتيل في ملكهما كمباشرتهما القتل وهما مؤاخذان بضمان الأفعال. وعلى قياس ما ذكره الطحاوي رحمه الله لا يدخلان في الدية مع العاقلة

[579] الكاساني: بدائع الصنائع - ج7 ص294.

أصلا لكنه ليس بسديد لأن هذا ضمان القتل والقتل فعل والصبي والمجنون مؤاخذان بأفعالهما"[580]

أما المرأة: فهل تدخل في القسامة؟

يرى الأحناف أنه ينبغي التفرقة بين فرضين: إذا وجد القتيل في غير ملكها. والحالة الثانية: أن يوجد القتيل في ملكها. جاء في البدائع: " ولا تدخل المرأة في القسامة والدية في قتيل يوجد في غير ملكها لأن وجوبهما بطريق النصرة، وهي ليست من أهلها. وإن وجد في دارها أو في قرية لها لا يكون بها غيرها عليها القسامة فتستحلف، ويكرر عليها الأيمان وهذا قولهما، وقال أبو يوسف عليها لا على عاقلتها، وجه قوله؛ أن لزوم القسامة للزوم النصرة، وهي ليست من أهل النصرة، فلا تدخل في القسامة، ولهذا لم تدخل مع أهل المحلة"[581]

"وجه قولهما أن سبب الوجوب على المالك هو الملك مع أهلية القسامة، وقد وجد في حقها. أما الملك فثابت لها، وأما الأهلية فلأن القسامة يمين وإنها من أهل اليمين ألا يرى أنها تستحلف في سائر الحقوق ومعنى النصرة يراعى وجوده في الجملة لا في كل فرد كالمشقة في السفر"[582]

"وهل تدخل مع العاقلة في الدية؟ ذكر الطحاوي ما يدل على أنها لا تدخل؛ فإنه قال لا يدخل القاتل في التحمل إلا أن يكون ذكرا عاقلاً، بالغا فإذا لم تدخل عند وجود القتل منها عينا فههنا أولى"[583]

---

[580] الكاساني: السابق - ج7 ص294.

[581] الكاساني: السابق - ج7 ص294، ص295.

[582] الكاساني: السابق ج7 ص 295.

[583] الكاساني: الساق ج7 ص 295.

لكن الكاساني رد على الطحاوي بقوله:

"وأصحابنا رضي الله عنهم قالوا إن المرأة تدخل مع العاقلة في الدية في هذه المسألة، وأنكروا على الطحاوي قوله وقالوا إن القاتل يدخل في الدية بكل حال. ويدخل في القسامة والدية الأعمى والمحدود في القذف والكافر لأنهم من أهل الاستحلاف والحفظ"[584]

رأي الحنابلة: أن المرأة والصبيان لا يدخلون في القسامة:

"إذا كان المستحق نساء وصبيانا لم يقسموا، أما الصبيان فلا خلاف بين أهل العلم أنهم لا يقسمون سواء كانوا من الأولياء أو مدعى عليهم لأن الأيمان حجة للحالف والصبي لا يثبت بقوله حجة ولو أقر على نفسه لم يقبل فلأن لا يقبل قوله في حق غيره أولى وأما النساء فإذا كن من أهل القتيل لم يستحلفن وبهذا قال ربيعة والثوري والليث والأوزاعي، وقال مالك لهن مدخل في قسامة الخطأ دون العمد قال ابن القاسم ولا يقسم في العمد إلا اثنان فصاعدا كما أنه لا يقتل إلا بشاهدين وقال الشافعي يقسم كل وارث بالغ لأنها يمين في دعوى فتشرع في حق النساء كسائر الأيمان"[585]

رأي ابن قدامة:

يرجح ابن قدامة رأي من يستبعد المرأة من القسامة: "ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (يقسم خمسون رجلا منكم وتستحقون دم صاحبكم) ولأنها حجة يثبت بها قتل العمد فلا تسمع من النساء كالشهادة، ولأن الجناية المدعاة التي تجب القسامة عليها هي القتل، ولا مدخل للنساء في إثباته، وإنما يثبت المال ضمنا فجرى ذلك

---

[584] الكاساني: الساق ج7 ص 295.

[585] ابن قدامة: المغني - ج8 ص392.

مجرى رجل ادعى زوجية امرأة بعد موتها ليرثها فإن ذلك لا يثبت بشاهد ويمين، ولا بشهادة رجل وامرأتين وإن كان مقصودها المال فأما إن كانت المرأة مدعى عليها القتل فإن قلنا إنه يقسم من العصبة رجال لم تقسم المرأة أيضا، لأن ذلك مختص بالرجال وإن قلنا يقسم المدعى عليه فينبغي أن تستحلف لأنها لا تثبت بقولها حقا ولا قتلا وإنما هي لتبرئتها منه فتشرع في حقها اليمين كما لو لم يكن لوث فعلى هذا إذا كان في الأولياء نساء ورجال أقسم الرجال وسقط حكم النساء، وإن كان فيهم صبيان ورجال بالغون أو كان فيهم حاضرون وغائبون فقد ذكرنا من قبل أن القسامة لا تثبت حتى يحضر الغائب فكذا لا تثبت حتى يبلغ الصبي لأن الحق لا يثبت إلا ببينته الكاملة والبينة أيمان الأولياء كلهم والأيمان لا تدخلها النيابة ولأن الحق إن كان قصاصا فلا يمكن تبعيضه فلا فائدة في قسامة الحاضر البالغ وإن كان غيره فلا تثبت إلا بواسطة ثبوت القتل وهو لا يتبعض"[586]

رأي ابن حزم أن المرأة داخلة في القسامة: "وقال المتأخرون لا تحلف المرأة أصلا واحتجوا بأنه إنما يحلف من تلزمه له النصرة وهذا باطل مؤيد بباطل لأن النصرة واجبة على كل مسلم"[587]

الرأي الثاني:

وهم الذين يرون أن الخمسين يميناً يبدأ بها المدعون، فإنهم اختلفوا فيمن يحلف هذه الأيمان على النحو التالي:

[586] ابن قدامة: المغني - ج8 ص392.

[587] ابن حزم: المحلى - ج11 ص322.

يرى الشافعية أن جميع الورثة يدخلون في أيمان القسامة. قال الشافعي: "وإذا قتل الرجل فوجبت فيه القسامة لم يكن لأحد أن يقسم عليه إلا أن يكون وارثاً كأن قتله عمداً أو خطأً وذلك أنه لا تملك النفس بالقسامة إلا دية المقتول، ولا يملك دية المقتول إلا وارث فلا يجوز أن يقسم على ما لا يستحقه إلا من له المال بنفسه أو من جعل الله تعالى المال من الورثة"[588] ولم يفرق بين رجل وامرأة فجميع الورثة يدخلون في القسامة سواء كانوا رجالاً أو نساء فتدخل الزوجة والبنت والابن والزوج. وبهذا قال أبو ثور وابن المنذر وقد استدل الشافعي بقول النبي صلى الله عليه وسلم: (تحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم) فجعل الحالف هو المستحق للدية والقصاص، ومعلوم أن غير الوارث لا يستحق شيئاً. ويقسم الورثة بقدر مواريثهم قال في الأم: "وممن وجبت له القسامة وهو غائب أو مخبول أو صبي فلم يحضر الغائب أو حضر فلم يقسم ولم يبلغ الصبي ولم يفق المعتوه أو بلغ هذا وأفاق هذا فلم يقسموا ولم يبطلوا حقوقهم في القسامة حتى ماتوا قام ورثتهم مقامهم في أن يقسموا بقدر مواريثهم منهم، وذلك أن يرث ابن عشر مال أبيه ثم يموت فيرثه عشرة فيكون كل واحد من العشرة يمين واحدة من قبل أن له عشر العشر من ميراث القتيل، وعشر العشر واحد، وهكذا في غيره من الورثة، يقسمون على قدر مواريثهم"[589]

رد الشافعي على من اعترض على حصر القسم في الوراثة:

---

[588] الشافعي: الأم ـ دار الفكر ـ بيروت ـ مج3 ج6 ص102.

[589] الشافعي: الأم ـ دار الفكر ـ بيروت ـ مج3 ج6 ص102.

"فإن قال قائل ففي حديث ابن أبي ليلى ذكر ابن أخي المقتول ورجلين معه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لهم: (تحلفون وتستحقون) فكيف لا يحلف إلا وارث؟ قلت (أي الشافعي): قد يمكن أن يكون قد قال ذلك لوارث المقتول هو وغيره، ويمكن أن يكون قال ذلك لوارثه وحده؛ تحلفون لواحد أو قال ذلك لجماعتهم يعني به يحلف الورثة إن كان مع أخيه الذي حكى أنه حضر النبي صلى الله عليه وسلم وارث غيره أو كان أخوه غير وارث له وهو يعني بذلك الورثة. فإن قال قائل: ما الدلالة على هذا؟ فإن جميع حكم الله وسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما سوى القسامة أن يمين المرء لا تكون إلا فيما يدفع بها الرجل عن نفسه كما يدفع قاذف امرأته الحد عن نفسه وينفي بها الولد، وكما يدفع بها الحق عن نفسه والحد وغيره، وفيما يأخذ بها الرجل مع شاهد ويدعي المال فينكل المدعى عليه وترد عليه اليمين، فيأخذ بيمينه، ونكول صاحبه ما ادعى عليه لا أن الرجل يحلف فيبرأ غيره، ولا يحلف فيملك غيره بيمينه شيئاً فلما لم يكن في الحديث بيان أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بها لغير وارث، ويستحق بها الوارث لم يجز فيها"[590]

رد ابن حزم على الشافعي:

" هل يحلف من لا يرث من العصبة أم لا؟ وهل يحلف العبد في جملتهم أم لا؟ا وهل تحلف المرأة فيهم أم لا؟ وهل يحلف المولى من فوق أم لا؟ وهل يحلف المولى الأسفل فيهم أم لا؟ا وهل يحلف الحليف أم لا؟ فوجب لما تنازعوا ما أوجبه الله تعالى علينا عند

---

[590] الشافعي:الأم ـ دار الفكر ـ بيروت ـ مج3 ج6 ص102، ص103.

التنـــازع إذ يقـول تعـالى (فـإن تنــازعتم فــي شـــيء فـردوه إلــى الله والرسول)[591] ففعلنـا فوجدنا رسـول الله عليـه السلام قـال فـي حـديث القسـامة الـذي لا يصـح عنـه غيـره كمـا قـد تقصـيناه قبـل (تحلفـون وتسـتحقون ويحلـف خمسـون مـنكم) فخاطـب النبـي عليـه الصـلاة والسلام بني حارثة عصبة المقتول. وبيقين يدري كل ذي معرفـة؛ أن ورثة عبد الله بن سهل رضي الله عنه لم يكونوا خمسين، ومـا كـان لـه وارث إلا أخوه عبد الرحمن وحده، وكـان المخاطـب بـالتحليف ابنـي عمه؛ محيصة، وحويصة، وهمـا غيـر وارثـين لـه. فصـح أن العصـبة يحلفون وإن لم يكونوا وارثين. وصـح أن مـن نشـط لليمين منـهم كـان ذلك له سواء كـان بـذلك أقـرب إلـى المقتـول، أو أبعد منـه لأن رسـول الله صلى الله عليه وسلم خاطـب ابنـي العم كمـا خاطـب الأخ خطابـا مستويا لـم يقدم أحـدا منـهم. وكـذلك لـم يـدخل فـي التحليف إلا الـبطن الـذي يعـرف المقتـول بالانتسـاب إليـه لأن رسـول الله صـلى الله عليـه وسـلم لـم يخاطـب بـذلك إلا بنـي حارثـة الـذي كـان المقتـول معروفـا بالنسـب فـيهم، ولـم يخاطـب بـذلك سـائر بطـون الأنصـار كبنـي عبـد الأشـهل، وبنـي ظفـر، وبنـي زعـورا وهـم أخـوة بنـي حارثـة، فـلا يجـوز أن يدخل فيهم من لم يدخلـه رسول الله صـلى الله عليه وسلم"[592]

هكذا يـرى ابـن حـزم أن الحلـف بالقسـامة يشـمل الورثـة والعصـبة لا يفرق بين رجل وامرأة ولا بين حر وعبد.

رأي الحنابلة: توجد روايتان في المذهب الحنبلي:

---

[591] النساء: رقم الآية 59.

[592] ابن حزم: المحلى - ج11 ص231، ص322.

الرواية الأولى: "أنه يحلف من العصبة الوارث منهم وغير الوارث خمسون رجلاً كل واحد منهم يميناً واحدة، وهذا قول مالك فعلى هذا يحلف الوارث منهم الذين يستحقون دمه، فإن لم يبلغوا خمسين تمموا من سائر العصبة يؤخذ منهم فالأقرب من قبيلته التي ينتسب إليها ويعرف كيفية نسبه من المقتول، فأما من عرف أنه من القبيلة ولم يعرف وجه النسب لم يقسم مثل أن يكون الرجل قرشياً والمقتول قرشي ولا يعرف كيفية نسبه منه فلا يقسم لأننا نعلم أن الناس كلهم من آدم ونوح ولكنهم يرجعون إلى أب واحد، ولو قتل من لا يعرف نسبه لم يقسم عنه سائر الناس، فإن لم يوجد من نسبه خمسون رددت الأيمان عليهم وقسمت بينهم، فإن انكسرت عليهم جبر كسرها عليهم حتى تبلغ خمسين لقول النبي صلى الله عليه وسلم: (يحلف خمسون رجلاً منكم وتستحقون دم صاحبكم) وقد علم النبي صلى الله عليه وسلم أنه لم يكن لعبد الله بن سهل خمسون رجلاً وارثاً فإنه لا يرثه إلا أخوه أو من هو في درجته أو أقرب منه نسباً ولأنه بهذا خاطب بني عمه وهم غير وارثين"[593]

الرواية الثانية: "لا يقسم إلا الوارث وتعرض الأيمان على ورثة المقتول دون غيرهم على حسب مواريثهم. هذا ظاهر قول الخرقي واختيار ابن حامد وقول الشافعي لأنها يمين في دعوى حق فلا تشرع في حق غير المتداعيين كسائر الأيمان. فعلى هذه الرواية تقسم بين الورثة من ذوي الفروض والعصبات على قدر آرائهم فإن انقسمت من غير كسر مثل أن يخلف المقتول اثنين أو أخاً وزوجاً؛

[593] ابن قدامة: المغني - ج10 ص27.

حلف كل واحد منهم سبع عشرة يميناً لأن تكميل الخمسين واجب ولا يمكن تبعيض اليمين ولا حمل بعضهم لها عن بعض فوجب تكميل اليمين المنكسرة في حق كل واحد منهم"[594]

أما عند المالكية: فهم يفرقون بين القتل العمد والقتل الخطأ: ففي الخطأ يحلف أيمان القسامة من يرث القتيل ولو أخا لأم أو امرأة وإذا تعددت الورثة حلف كل وارث على قدر إرثه.

قال في الموطأ: "قال مالك: الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا، أنه لا يحلف في القسامة في العمد أحد من النساء. وإن لم يكن للمقتول ولاةٌ إلا النساء، فليس للنساء في قتل العمد قسامة ولا عفو. قال يحيى: قال: مالك في الرجل يقتل عمداً: أنه إذا قام عصبة المقتول أو مواليه فقالوا: نحلف ونستحق دم صاحبنا، فذلك لهم. قال مالك: فإن أراد النساء أن يعفون، فليس ذلك لهم، العصبة أولى والموالي أولى بذلك منهن، لأنهم هم الذين استحقوا الدم وحلفوا عليه"[595]

أما في قتل الخطأ: قال مالك: "القسامة في قتل الخطأ، يقسم الذين يدعون الدم ويستحقونه بقسامتهم، يحلفون خمسين يميناً، تكون على قسْم مواريثهم من الدية، فإن كان في الأيمان كسور إذا قسمت بينهم، نظر إلى الذي يكون عليه أكثر تلك الأيمان إذا قسمت فتجبر عليه تلك اليمين. قال مالك: فإن لم يكن للمقتول ورثة إلا النساء فإنهن يحلفن ويأخذن الدية، فإن لم يكن له وارث إلا رجل واحد، حلف

[594] ابن قدامة: المغني - ج10 ص27، ص28.
[595] مالك: الموطأ - ص769.

خمسين يميناً وأخذ الدية، وإنما يكون ذلك في قتل الخطأ ولا يكون في قتل العمد"[596]

الرأي المختار: أرى أن القسامة لا تجب إلا على المكلفين العقلاء سواء كانوا رجالاً أم نساء للأدلة التي ذكرها ابن حزم وغيره من الذين لا يفرقون بين الرجال والنساء في أيمان القسامة. كما أرى أن القسامة تشمل من يرث من أهل القتيل ومن لا يرث.

---

[596] مالك: الموطأ ـ ص770.

(5) النتائج المترتبة على القسامة:

السؤال الذي يثور في نهاية التطواف حول موضوع القسامة هو ماذا يجب بالقسامة؛ هل القصاص أم الدية؟ اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

الرأي الأول: (القسامة توجب القود):

يرى أن الذي يجب بالقسامة هو القصاص، وإلى هذا ذهب الزهري والأوزاعي، ومالك، وأحمد، وابن حزم، والشافعي في مذهبه القديم. قال في روضة الطالبين: وإن ادعى قتلاً عمداً، والمدعى عليه ممن يقتل بذلك القتيل، فهل يجب القصاص بالقسامة؟ قولان؛ القديم: نعم، والجديد الأظهر: لا، فعلى الجديد تجب الدية في مال القاتل حالة، وعلى القديم لا فرق بين أن تكون الدعوى على واحد، أو جماعة كالبينة، وخرج ابن سريج على القديم أن الولي يختار واحداً منهم، فيقتله قصاصاً، ولا يقتل الجميع"[597]

قال في الموطأ: "فإن حلف المدعون استحقوا دم صاحبهم وقتلوا من حلفوا عليه"[598]

قال الخرقي: "وسواء كان المقتول مسلماً أو كافراً حراً أو عبداً إذا كان المقتول يقتل به المدعى عليه إذا ثبت عليه القتل لأن القسامة توجب القود إلا أن يحب الأولياء أخذ الدية"[599]

---

[597] النووي: روضة الطالبين ـ ص1706، ص1707.
[598] مالك: الموطأ ـ ص768.

أدلة القائلين بهذا الرأي:
حديث سهل بن أبي حثمة: "أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ **"**[600]
وكذلك **حديث بشير بن يسار**: "« يُقْسِمُ خَمْسُونَ مِنْكُمْ عَلَى رَجُلٍ مِنْهُمْ فَيُدْفَعُ بِرُمَّتِهِ"[601]
قال في المحلى: "وأما ابن الزبير فصح عنه من أجل إسناد أنه أقاد بالقسامة، وأنه رأى القود بها في قتيل وجد، وأنه رأى الحكم للمدعين بالأيمان، وأنه رأى أن يقاد بها من الجماعة للواحد: روى ذلك عنه أوثق الناس سعيد بن المسيب وقد شاهد تلك القصة كلها، وعبد الله بن أبي مليكة قاضي بن الزبير"[602]

الرأي الثاني: (القسامة توجب الدية):

يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن الذي يجب بالقسامة هو الدية، وهذا هو اتجاه الحنفية والشافعي في مذهبه الجديد، وهو مروي أيضاً عن الحسن البصري، والشعبي، والنخعي، وعثمان البتي، والحسن بن صالح، وغيرهم.
قال في بداية المجتهد: "وأما عمدة من أوجب بها الدية فقط: فهو أن الأيمان يوجد لها تأثير في استحقاق الأموال - أعني في الشرع - مثل ما ثبت من الحكم في الأموال باليمين، والشاهد، ومثل ما يجب المال

---

[599] ابن قدامة: المغني - ج10 ص31.
[600] البخاري: الحديث رقم 7192
[601] مسلم: الحديث رقم 4435
[602] ابن حزم: المحلى - ج11 ص296.

بنكول المدعى عليه، أو بالنكول وقلبها على المدعى عند من يقول بقلب اليمين مع النكول، مع أن حديث مالك بن أبي ليلى ضعيف، لأنه رجل مجهول لم يرو عنه غير مالك، وقيل فيه أيضاً: إنه لم يسمع من سهل. وحديث بشير بن يسار قد اختلف في إسناده، فأرسله مالك، وأسنده غيره"[603]

كما يستدل أنصار هذا الرأي أيضاً بإحدى روايات حديث سهل بن حتمة: " إِمَّا أَنْ يَدُوا صَاحِبَكُمْ ، وَإِمَّا أَنْ يُؤْذِنُوا بِحَرْبٍ"[604]

ثم ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الدية: فَوَدَاهُ رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - مِنْ عِنْدِهِ مِائَةَ نَاقَةٍ حَتَّى أُدْخِلَتِ الدَّارَ . قَالَ سَهْلٌ فَرَكَضَتْنِى مِنْهَا نَاقَةٌ"[605]

قال السرخسي: " وذكر الزهري عن سعيد بن المسيب أن القسامة كانت من أحكام الجاهلية فقررها رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتيل من الأنصار وجد في حي ليهود وذكر الحديث إلى أن قال فألزم رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود الدية والقسامة. وفي رواية فكتب إليهم إما أن يدوه أو يأذنوا بحرب من الله ورسوله. وذكر الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل خيبر أن هذا قتيل وجد بين أظهركم فما الذي يخرجه عنكم فكتبوا إليه أن مثل هذه الحادثة وقعت في بني إسرائيل فأنزل الله على موسى عليه السلام أمرا فإن كنت نبيا فاسأل الله مثل ذلك فكتب إليهم أن الله تعالى أراني أن أختار منكم

---

[603] ابن رشد: بداية المجتهد - ج2 ص514.

[604] البخاري: الحديث رقم 7192

[605] البخاري: الحديث رقم 7192

خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس يعني بالوحي. وروى حنيف عن زياد بن أبي مريم قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إني وجدت أخي قتيلا في بني فلان فقال اختر من شيوخهم خمسين رجلاً فيحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً ، قال وليس لي من أخي إلا هذا قال نعم ومائة من الإبل. وفي الحديث أن رجلا وجد بين وادعة، وأرحب، وكان إلى وادعة أقرب فقضى عليهم عمر رضي الله عنه بالقسامة والدية فقال حارث بن الأصبع الوادعي يا أمير المؤمنين لا أيماننا تدفع عن أموالنا، ولا أموالنا تدفع عن أيماننا، فقال حقنتم دماءكم بأيمانكم، وأغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم"[606]

ثم يعلق السرخسي على النصوص السابقة:

"فهذه الآثار تدل على ثبوت حكم القسامة والدية في القتيل الموجود في المحلة على أهلها ونوع من المعنى يدل عليه أيضا وهو أن الظاهر أن القاتل منهم لأن الإنسان قلما يأتي من محلة إلى محلة ليقتل مختارا فيها وإنما تمكن القاتل منهم من هذا الفعل بقوتهم ونصرتهم فكانوا كالعاقلة فأوجب الشرع الدية عليهم صيانة لدم المقتول عن الهدر وأوجب القسامة عليهم لرجاء أن يظهر القاتل بهذا الطريق فيتخلص غير الجاني إذا ظهر الجاني ولهذا يستحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم على أهل كل محلة حفظ محلهم عن مثل هذه الفتنة لأن التدبير في محلتهم إليهم، فإنما وقعت هذه الحادثة

---

[606] السرخسي: المبسوط - مج13 ج26 ص95، ص96.

لتفريط كان منهم في الحفظ حين تغافلوا عن الأخذ على أيدي السفهاء منهم، أو من غيرهم فأوجب الشرع القسامة والدية عليهم لذلك ، ووجوب القسامة والدية على أهل المحلة مذهب علمائنا"[607]

الرأي المختار:

بعد عرض الآراء السابقة يترجح لدي صواب رأي ما ذهب إليه الأحناف والشافعية ومن تبعهم من أن الذي يجب بالقسامة هو الدية لا القصاص للأسباب التي ذكروها ولأن القصاص حجة ضعيفة فلا توجب القصاص احتياطاً للدماء. وأؤكد على ما ذكرته في مشروعية القسامة: أنني أرى أن القسامة تشرع في الأماكن التي لا تتوافر فيها المعامل الجنائية الحديثة التي تستخدم وسائل الإثبات الجنائي كرفع البصمات، والحامض النووي (DNA) وغيرها من وسائل تساعد على كشف الجاني، لأن هذه الوسائل الحديثة ثبت أنها أدق في معرفة القاتل، لذلك أرى أن القسامة لا جدوى لها إذا كانت هناك معامل جنائية حديثة تستطيع أن تتعرف على الجاني بنسبة كبيرة جداً تريح كل الأطراف؛ أهل القتيل وأهل القاتل. وإذا وجد قتيل في مكان عام خاصة في المدن المكتظة بالسكان في عصرنا الحالي ولم يتوصل رجال البحث الجنائي إلى المتهم فأرى أن تدفع الدية لأهل القتيل من خزينة الدولة أو ما يسمى بيت المال حتى لا تهدر دماء الناس.

---

[607] السرخسي: المبسوط مج13 ج26 ص96.

الفصل الخامس

(اللوث)

الفصل الخامس

اللـــوث

ويتكون هذا الفصل من نقطتين:

الأول: تعريف اللوث:

(ا) تعريف اللوث لغة واصطلاحاً.

(ب) وصوره.

الثاني: وسائل الإثبات الحديثة كتقنية علمية لتحديد هوية الجناة.

الفصل الخامس

(اللــوث)

يعرف بعض الفقهاء اللوث بأنه: أمارة أو علامة يغلب معها الظن بصدق المدعي. ونتناول في هذا الفصل تعريف اللوث وصوره لدى فقهاء المذاهب الإسلامية، ونتناول في القسم الثاني من هذا الفصل وسائل الإثبات الحديثة كتقنية علمية لتحديد هوية الجناة ونتكلم عن بعض هذه الأدلة الحديثة.

الأول: تعريف اللوث:

(أ) تعريف اللوث لغة واصطلاحاً:

"اللـوث: القـوة، وعصـب العمامـة، والشـر، واللـوذ، والجراحـات، والمطالبات بالأحقاد، وشبه الدلالة وتمراغ اللقمة في الإهالة، ولزوم الدار، ولوك الشيء في الفم، والبطء في الأمر، واللوثة بالضم الاسترخاء، والبطء، والحمق، والهيج، ومس الجنون وكثرة اللحم والشحم والضعف، وخرقة تجمع ويلعب بها والالتياث الاختلاط والالتفاف والإبطاء والقوة والسمن والحبس كالتلويث والتلويث التلطيخ والخلط "[608]

[608] القاموس المحيط: ج1 ص225.

قال في حاشية البجيرمي: "اللوث بمعنى القوة لقوته بتحويل اليمين لجانب المدعى أو الضعف لأن الأيمان حجة ضعيفة"[609]

قال في شرائع الإسلام: "اللوث إمارة يغلب معها الظن بصدق المدعي. كالشاهد ولو واحداً"[610]

قال المرداوي الحنبلي: "اللوث وهي العداوة الظاهرة كنحو ما كان بين الأنصار وأهل خيبر وكما بين القبائل التي يطلب بعضها بعضا بثأر في ظاهر المذهب"[611]

قال الشوكاني: " اللوث في الأصل هو ما يثمر صدق الدعوى"[612]

قال في الروض المربع: "اللوث وهو العداوة الظاهرة كالقبائل التي يطلب بعضها بعضا بالثأروكما بين البغاة وأهل العدل"[613]

ابن قدامة: " اللوث: هو العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه كنحو ما بين الأنصار ويهود خيبر وما بين القبائل والأحياء وأهل القرى الذين بينهم الدماء والحروب وما بين أهل العدل وما بين الشرطة واللصوص وكل من بينه وبين المقتول ضغن يغلب على الظن أنه قتله"[614]

هكذا نجد أن هناك روايتين للوث عند أحمد: الأولى: العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه. الرواية الثاني عن أحمد: أن

---

[609] البجيرمي: حاشية البجيرمي ج4/ص194

[610] الحلي: شرائع الإسلام - ص992.

[611] المرداوي: الإنصاف ج10ص139

[612] الشوكاني: نيل الأوطار ج7 ص188

[613] البهوتي: الروض المربع ج3 ص302

[614] ابن قدامة: المغني ج10ص384

اللوث هو ما يغلب على الظن صدق المدعي. وهذه الرواية راجحة في المذهب الحنبلي تتفق مع رأي الشافعي ومالك والإمامية.
وقال الشربيني: " لوث: وهو بإسكان الواو وبالمثلثة مشتق من التلويث أي التلطيخ يقع به أي اللوث في النفس صدق المدعي بأن يغلب على الظن صدقه بقرينة"[615]

(ب) صور اللوث:

وهي الصور التي حددها الفقهاء من أجل اللجوء إلى الأخذ بأيمان القسامة وهي تختلف من مذهب لآخر على النحو التالي:

(1) من صور اللوث عند الإمامية:
قال الحلي: "الشاهد ولو واحداً. كذا لو وجد متشحطاً بدمه، وعنده ذو سلاح وعليه الدم، أو في دار قوم، أو في محلة منفردة عن البلد لا يدخلها غير أهلها، أو في صف مقابل للخصم بعد المراماة"[616]
ومن صور اللوث أيضاً: "لو وجد في قرية مطروقة، أو خلة من خلال العرب، أو محلة منفردة مطروقة وإن انفردت، فإن كان هناك عداوة فهو لوث، وإلا فلا لوث، لأن الاحتمال متحقق هنا. ولو وجد بين قريتين، فاللوث لأقربهما، ومع التساوي في القرب، فهما في اللوث سواء"[617]

---

[615] الشربيني: الإقناع ج2 ص515
[616] الحلي: شرائع الإسلام ـ ص992.
[617] الحلي: السابق ـ ص992.

لكن الحلي لا يعتبر لوثاً من قتل في زحام أو مكان عام:

جاء في شرائع الإسلام"أما من وجد في زحام، على قنطرة أو بئر، أو جسر، أو مصنع، فديته على بيت المال. وكذا لو وجد في جامع عظيم أو شارع. وكذا لو وجد في فلاة."[618] أي فديته على بيت المال أيضاً.

هل تعتبر شهادة الصبي والفاسق لوثاً:

قال الحلي: "ولا يثبت اللوث: في شهادة الصبي، ولا الفاسق، ولا الكافر ولو كان مأموناً في نحلته، نعم لو أخبر جماعة من الفساق، أو النساء مع ارتفاع المواطأة، أو مع ظن ارتفاعهما، كان لوثاً. ولو كان الجماعة كفاراً أو صبياناً، لم يثبت اللوث، ما لم يبلغوا حد التواتر"[619]

هكذا يشترط الحلي التواتر وهو أن يشهد جماعة من الصبيان أو الفساق أو غير المسلمين على أن القاتل فلان ويشيرون إليه أو يذكرونه بحيث يستحيل تواطؤ هؤلاء الصبيان أو الفساق أو النساء، أو غير المسلمين على الكذب كأن يكونوا من بلاد مختلفة مثلاً، ففي هذه الحالة تعتبر شهادة هؤلاء لوثاً توجب القسامة. "ولا يشترط في اللوث وجود أثر القتل على الأشبه"[620]

(2) صور اللوث عند الشافعية:

قال النووي: "واللوث قرينة تثير الظن وتوقع في القلب صدق المدعي وله طرق:

---

[618] الحلي: السابق - ص992.

[619] الحلي: السابق - ص993.

[620] الحلي: السابق - ص993.

الصورة الأولى:
"منها أن يوجد قتيل في قبيلة أو حصن أو قرية صغيرة أو محلة منفصلة عن البلد الكبير وبين القتيل وبين أهلها عداوة ظاهرة فهو لوث في حقهم فإذا ادعى وليه القتل عليهم أو على بعضهم كان له أن يقسم ويشترط أن لا يساكنهم غيرهم وقيل يشترط أن لا يخالطهم غيرهم حتى لو كانت القرية بقارعة طريق يطرقها التجار والمجتازون وغيرهم فلا لوث والصحيح أن هذا ليس بشرط"[621]

الصورة الثانية: "ومنها لو تفرق جماعة عن قتيل في دار دخلها عليهم ضيفا، أو دخل معهم لحاجة، أو في مسجد، أو بستان، أو طريق أو صحراء فهو لوث وكذا لو ازدحم قوم على بئر أو باب الكعبة أو في الطواف أو في مضيق، ثم تفرقوا عن قتيل، ولا يشترط في هذا أن تكون بينه وبينهم عداوة"[622]

الصورة الثالثة: "ومنها لو تقابل صفان فتقاتلا وانكشفا عن قتيل من أحدهما فإن اختلطوا أو وصل سلاح أحدهما إلى الآخرين رميا أو طعنا أو ضربا فهو لوث في حق الصف الآخر وإن لم يصل سلاح فهو لوث في حق أهل صفه"[623]

الصورة الرابعة: "ومنها إذا وجد قتيل في صحراء وعنده رجل معه سلاح متلطخ بدم أو على ثوبه أثر دم فهو لوث وإن كان بقربه سبع أو رجل آخر مول ظهره أو وجد أثر قدم، أو ترشيش دم في غير الجهة التي فيها صاحب السلاح، فليس بلوث في حقه، ولو رأينا من

---

[621] النووي: روضة الطالبين ـ ص1701.
[622] النووي: السابق ـ ص1701.
[623] النووي: السابق ـ ص1701.

بعد رجلاً يحرك يده كما يفعل من يضرب بسيف أو سكين ثم وجدنا في الموضع قتيلاً، فهو لوث في حق ذلك الرجل"[624]

الصورة الخامسة: "ومنها لو شهد عدل بأن زيدا قتل فلانا فلوث على المذهب سواء تقدمت شهادته على الدعوى أو تأخرت ولو شهد جماعة تقبل روايتهم كعبيد ونسوة فإن جاءوا متفرقين فلوث وكذا لو جاءوا دفعة على الأصح وفي التهذيب أن شهادة عبدين أو امرأتين كشهادة الجمع وفي الوجيز أن القياس أن قول واحد منهم لوث وفيمن لا تقبل روايتهم، كصبيان أو فسقة أو ذميين أوجه أصحها قولهم لوث. والثاني لا والثالث لوث من غير الكفار ولو قال المجروح جرحني فلان أو قتلني أو دمي عنده فليس بلوث لأنه مدع لو تفرق عنه جماعة لا يتصور اجتماعهم على القتل في مضيق وتفرقوا عن قتيل فادعى الولي القتل على عدد منهم يتصور اجتماعهم فينبغي أن تقبل ويمكن من القسامة كما لو ثبت اللوث في جماعة محصورين فادعى الولي القتل على بعضهم"[625]

وتعتبر الإشاعة المتواترة عند الشافعية لوثاً: "قال البغوي لو وقع في ألسنة العام والخاص أن زيداً قتل فلاناً، فهو لوث في حقه"[626]

(3) صور اللوث عند المالكية:

يرى المالكية أن شهادة الرجل الواحد العدل على معاينة القتل يعتبر لوثا، سواء كان القتل عمداً أم خطأً. قال في المدونة: " قد قال مالك:

---

[624] النووي: روضة الطالبين - ص1701.

[625] النووي: السابق - ص1701 ، ص1702.

[626] النووي: السابق - ص1702.

اللـوث مـن البينــة الشـاهد الواحـد إذا كـان عـدلا الـذي تـرى أنـه كـان حاضرا الأمر"[627]

وفـي روايـة أخـرى لـدى المالكيـة أن شـهادة غيـر العـدل تعتبـر لوثـاً: "واللوث أمـارة تغلـب علـى الظـن صـدق مدعـي القتـل كشـهادة العـدل الواحد على رؤيـة القتـل، أو يـرى المقتـول يتشـحط فـي دمـه، والمـتهم نحوه أو قربه عليه آثار القتل، وقد اختلف في اللوث، والقول بـه فقـال مالك هو قول المقتـول دمـي عنـد فـلان، والشـاهد العـدل لـوث كـذا فـي روايـة بـن القاسـم عنـه. وروي عـن أشـهب عـن مالـك أنـه يقسـم مـع الشاهد غير العدل ومع المرأة وروى بن وهب أن شهادة النسـاء لـوث وذكر محمد عن بن القاسم أن شهادة المرأتين لوث دون شهادة المرأة الواحدة. قال القاضـي أبـو بكـر بـن العربـي اختلـف فـي اللـوث اختلافـا كثيراً؛ مشـهور المـذهب أنـه الشـاهد العـدل، وقـال محمـد هـو أحـب إلـي قال وأخذ به ابن القاسم وابـن عبـد الحكـم، وروي عـن عبـد الملـك بـن مـروان أن المجـروح أو المضـروب إذا قـال دمـي عنـد فـلان، ومـات كانت القسامة، وبه قال مالك والليث بن سعد واحـتج مالـك بقتيـل بنـي إسرائيل أنه قال قتلنى فلان"[628]

قال في تبصر الحكام نقـلاً عـن القرافـي (الـذخيرة) فـي بـاب السياسـة: "نص ابن أبـي زيـد فـي (النـوادر) علـى أنـا إذا لـم نجـد فـي جهـة إلا غيـر العدول أقمنا أصلحهم، وأقلهم فجوراً للشهادة عليهم، ويلـزم مثـل ذلـك في القضاة وغيرهم لئلا تضيع المصالح. قال: ومـا أظـن أحـداً يخالفـه

---

[627] مالك: المدونة الكبرى - ج16ص424

[628] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن - دار الحديث القاهرة - ج1 ص462.

في هذا، فإن التكليف شرط في الإمكان، وهذا كله للضرورة، ولئلا تهدر الدماء وتضيع الحقوق"[629]

(4) صور اللوث عند الحنابلة:

يرى الحنابلة في رواية أخرى عن أحمد: "والرواية الثانية عن أحمد أن اللوث ما يغلب على الظن صدق المدعي وذلك من وجوه:

أحدها العداوة المذكورة. **والثاني** أن يتفرق جماعة عن قتيل فيكون ذلك لوثا في حق كل واحد منهم فإن ادعى الولي على واحد فأنكر كونه مع الجماعة فالقول قوله مع يمينه ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لأن الأصل عدم ذلك إلا أن يثبت ببينة.

الثالث أن يزدحم الناس في مضيق فيوجد فيهم قتيل فظاهر كلام أحمد أن هذا ليس بلوث، فإنه قال فيمن مات بالزحام يوم الجمعة فديته في بيت المال وهذا قول إسحاق وروي ذلك عن عمر وعلي فإن سعيدا روى في سننه عن إبراهيم قال قتل رجل في زحام الناس بعرفة فجاء أهله إلى عمر فقال بينتكم على من قتله فقال علي يا أمير المؤمنين (لا يطل دم امرئ مسلم) إن علمت قاتله وإلا فأعطه ديته من بيت المال قال أحمد فيمن وجد مقتولا في المسجد الحرام ينظر من كان بينه وبينه شيء في حياته يعني عداوة يؤخذون فلم يجعل الحضور لوثا وإنما جعل اللوث العداوة، وقال الحسن والزهري فيمن مات في الزحام ديته على من حضر لأن قتله حصل منهم، وقال مالك دمه هدر لأنه لا يعلم له قاتل ولا وجد لوث فيحكم بالقسامة. وقد روي عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب إليه في رجل وجد قتيلا لم

---

[629] ابن فرحون: تبصرة الحكام - دار الكتب العربية - بيروت - ج2 ص26.

يعرف قاتله فكتب إليهم إن من القضايا قضايا لا يحكم فيها إلا في الدار الآخرة وهذا منها"[630]

ومن صور اللوث عند الحنابلة أيضاً كما في المغني:

"**الرابع** أن يوجد قتيل لا يوجد بقربه إلا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بالدم ولا يوجد غيره ممن يغلب على الظن أنه قتله مثل أن يرى رجلا هاربا يحتمل أنه القاتل أو سبعا يحتمل ذلك فيه. **الخامس** أن يقتتل فئتان فيفترقون عن قتيل من إحداهما فاللوث على الأخرى ذكره القاضي فإن كانوا بحيث لا تصل سهام بعضهم بعضا فاللوث على طائفة القتيل هذا قول الشافعي. وروي عن أحمد أن عقل القتيل على الذين نازعوهم فيما إذا اقتتلت الفئتان إلا أن يدعوا على واحد بعينه وهذا قول مالك وقال ابن أبي ليلى على الفريقين جميعا لأنه يحتمل أنه مات من فعل أصحابه فاستوى الجميع فيه وعن أحمد في قوم اقتتلوا فقتل بعضهم وجرح بعضهم. فدية المقتولين على المجروحين تسقط منها دية الجراح وإن كان فيهم من لا جرح فيه فهل عليه من الديات شيء على وجهين ذكرهما ابن حامد"[631]

"**السادس** أن يشهد بالقتل عبيد ونساء فهذا فيه عن أحمد روايتان إحداهما أنه لوث لأنه يغلب على الظن صدق المدعي في دعواه فأشبه العداوة. والثانية ليس بلوث لأنها شهادة مردودة فلم تكن لوثا كما لو شهد به كفار، وإن شهد به فساق أو صبيان فهل يكون لوثا على وجهين أحدهما ليس بلوث لأنه لا يتعلق بشهادتهم حكم لا يثبت اللوث بها كشهادة الأطفال والمجانين. و**الثاني** يثبت بها اللوث لأنها

---

[630] ابن قدامة: المغني - ج10 ص13.

[631] ابن قدامة: المغني - ج10 ص13.

شهادة يغلب على الظن صدق المدعي فأشبه شهادة النساء والعبيد وقول الصبيان معتبر في الإذن في دخول الدار وقبول الهدية ونحوها وهذا مذهب الشافعي ويعتبر أن يجيء الصبيان متفرقين لئلا يتطرق إليهم التواطؤ على الكذب فهذه الوجوه قد ذكر عن أحمد أنها لوث لأنها يغلب على الظن صدق المدعي أشبهت العداوة. وروي أن هذا ليس بلوث وهو ظاهر كلامه في الذي قتل في الزحام لأن اللوث إنما يثبت بالعداوة بقضية الأنصاري القتيل بخيبر ولا يجوز القياس لأن الحكم ثبت بالمظنة ولا يجوز القياس في المظان لأن الحكم إنما يتعدى بتعدي سببه والقياس في المظان جمع بمجرد الحكمة وغلبة الظنون والحكم والظنون تختلف ولا تأتلف وتنخبط ولا تنضبط ولا تختلف باختلاف القرائن والأحوال والأشخاص فلا يمكن ربط الحكم بها ولا تعديته بتعديها ولأنها يعتبر في التعدية والقياس التساوي بين الأصل والفرع في المقتضي ولا سبيل إلى يقين التساوي بين الظنين مع كثرة الاحتمالات وترددها فعلى هذه الرواية حكم هذه الصور حكم غيرها مما لا لوث فيه"[632]

(5) لقد لخص ابن حجر كل هذه الصور:

"واتفقوا كلهم على أنها (أي القسامة) لا تجب بمجرد دعوى الأولياء حتى يقترن بها شبهة يغلب على الظن الحكم بها واختلفوا في تصوير الشبهة على سبعة أوجه فذكرها وملخصها:

الصورة (1،2): "الأول: أن يقول المريض دمي عند فلان أو ما أشبه ذلك ولو لم يكن به أثر أو جرح فان ذلك يوجب القسامة عند

---

[632] ابن قدامة: المغني - ج10 ص13.

مالـك والليـث لـم يقـل بـه غيرهمـا واشـترط بعض المالكيـة الأثـر أو الجرح واحتج لمالك بقصة بقرة بني إسرائيل، قال ووجه الدلالة منهـا أن الرجل حي فأخبر بقاتله وتعقب بخفـاء الدلالـة منهـا، وقد بـالغ ابـن حزم في رد ذلك، واحتجوا بأن القاتل يتطلب حالة غفلة الناس فتتعذر البينة فلو لم يعمل بقول المضـروب لأدى ذلك إلـى إهدار دمـه لأنـها حالة يتحرى فيها اجتناب الكذب، ويتزود فيها من البر والتقوى وهذا إنما يأتي في حال المحتضر. **الثانية:** أن يشـهد مـن لا يكمـل النصـاب بشهادته كالواحد أو جماعة غير عدول قـال بهـا المـذكوران ووافقهمـا الشافعي ومن تبعه"[633]

الصورة (3،4،5): "أن يشهد عدلان بالضرب ثم يعيش بعده أياما ثـم يموت منه من غير تخلل إفاقـة، فقـال المـذكوران: تجـب فيـه القسـامة. وقـال الشـافعي بـل يجـب القصـاص بتلـك الشـهادة. **الرابعة**: أن يوجـد مقتول وعنده أو بالقرب منه من بيده آلة القتل وعليه أثر الدم مثلا ولا يوجد غيره فتشـرع فيـه القسـامة عنـد مالـك والشـافعي ويلتحـق بـه أن تفتـرق جماعـة عـن قتيـل. **الخامسـة:** أن يقتتـل طـائفتـان فيوجـد بينـهمـا قتيـل ففيـه القسـامة عنـد الجمهـور، وفـي روايـة عـن مالـك تخـتـص القسـامة بـالطـائفـة التـي لـيس هـو منهـا إلا إن كـان مـن غيرهمـا فعلـى الطائفتين. **السادسة** المقتول في الزحمة وقد تقدم بيـان الاخـتلاف فيـه في باب مفرد"[634]

أما الصورة (7) التي ذكرها ابن حجر: "**السابعة** أن يوجـد قتيـل فـي محلـة أو قبيلـة فهـذا يوجـب القسـامة عنـد الثـوري والأوزاعـي وأبـي

---

[633] ابن حجر: فتح الباري - دار الفكر - بيروت - ج14 ص227.

[634] ابن حجر: السابق - ج14 ص227، ص228.

حنيفة وأتباعهم ولا يوجب القسامة عندهم سوى هذه الصورة وشرطها عندهم إلا الحنفية أن يوجد بالقتيل أثر. وقال داود لا تجري القسامة إلا في العمد على أهل مدينة أو قرية كبيرة وهم أعداء للمقتول، وذهب الجمهور إلى أنه لا قسامة فيه بل هو هدر لأنه قد يقتل ويلقى في المحلة ليتهموا وبه قال الشافعي وهو رواية عن أحمد"[635]

(و) أما الأحناف فلم يشترطوا اللوث في القسامة وحجتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: (يحلفون خمسين لكم) ولم يذكر اللوث. لكن "رد بأن عدم الاشتراط غفلة عن أن الاختصاص بموضع الجناية نوع من اللوث، والقسامة لا تثبت بدونه"[636]

صفوة القول

لقد اتفق معظم الفقهاء على اشتراط اللوث لوجوب القسامة إلا الأحناف فإنهم لم يشترطوا اللوث فمجرد وجود قتيل فهو على أهل المكان التي وجد فيها بشرط أن يكون به أثر كما قال السرخسي: "والقتيل عندنا كل ميت به أثر، فإن لم يكن به أثر فلا قسامة فيه ولا دية إنما هذا ميت، لأن حكم القسامة ثبت شرعاً في المقتول، والمقتول إنما مات حتف أنفه بالأثر، فمن لا أثر به فهو ميت فلا حاجة بنا إلى صيانة دمه عن الهدر بخلاف من به أثر"[637] لكن كلام

---

[635] ابن حجر: فتح الباري - دار الفكر - بيروت - ج14 ص228.
[636] الشوكاني: نيل الأوطار - ج5 ص198.
[637] السرخسي: المبسوط - مج13 ج26 ص102.

السرخسي إذا كان مقبولاً قديماً فإنه غير مجد في عصرنا الحالي حيث من الممكن أن تحلل جثة المتوفى يستطيع خبراء المعمل الجنائي التوصل إلى كيفية زهوق روح المتوفى هل مات بالخنق أم بالسم أم مات موتاً طبيعياً وهذا ما سنتناوله في المطلب التالي حول وسائل الإثبات الحديثة. أما عن صور اللوث فإنني أرى الأخذ بشهادة الشاهد العدل الواحد واعتباره لوثاً كما ذكر معظم الفقهاء وممكن الأخذ بشهادة غير العدول بشرط التواتر كما ذكر الحلي في شرائع الإسلام لأن هذا الشرط يتناسب وروح الشريعة وحتى لا يهدر دم بريء ومن ثم تضيع حقوق كثير من الناس.

(الثاني)

وسائل الإثبات الحديثة كتقنية علمية لتحديد هوية الجناة

مقدمة:

يعتبر الإثبات الجنائي باستخدام الوسائل العلمية الحديثة له أهميته في الوصول إلى الجاني الحقيقي من خلال الأدلة المستمدة من أجهزة التصوير وأجهزة الهواتف والاختبارات الكيميائية التي تكشف وجود السم في دم القتيل التي تؤدي إلى إثبات الحقيقة وفي هذا المبحث سنلقي الضوء على بعض وسائل الإثبات العلمية المتعارف عليها وخاصة البصمة الوراثية ومدى الاعتماد عليها لدى المحاكم في الحكم بعقوبة القصاص في جريمة القتل العمد؛ بمعنى أوضح إذا لم يعترف المتهم ولم يكن هناك شاهدان عدلان فهل تثبت أو تنتفي عنه تهمة جريمة القتل العمد بمجرد النتيجة التي يتوصل الحامض النووي مثلاً باعاباره أدق وسائل الإثبات العلمية الحديثة حالياً؟ هذا ما سنناقشه من خلال التعرف على عينة من هذه الوسائل العلمية الحديثة:

أولاً: بصمة أصابع اليد والقدم:

يعتبر علم بصمات الأصابع من الوسائل البوليسية الفعالة في مكافحة الجريمة قبل اكتشاف علم البصمة الوراثية؛ الحامض النووي DNA ونحاول أن نلقي الضوء على بدايات هذا العلم على النحو التالي:

أول من كتب في هذا العلم:

من المنشورات الأولى حول علم البصمات تلك التـي "كتبهـا الـدكتور (نهيمه كرو) عضو الجمعيـة الملكيـة البريطانيـة للأطبـاء والجـراحين سنة 1684م وبعد ذلك بعامين ظهرت مجلـة علميـة تحمل اسم العـالم الإيطالي (مارسيللو ماليبيغي) وأهمية الأبحاث التي قام بها هذا العالم حدت بالعلماء الآخرين إلى تسمية إحدى الطبقات الجلدية باسمه"[638]

وفي سنة 1823م حدث تطـور فـي علـم البصـمات علـى يـد (جوهـانز بدكنشـي) حيـث قـال فـي رسـالته: "لقد أثـارت تلـك النقـوش والأثـلام المتصلة بعضو اللمس على سطح القدم واليد فـي الـداخل وخاصـة مـا هـو منقـوش علـى سـطح السـلامية الأولـى مـن أصـابع اليـدين انتباهنـا الكلي، ويمكن الحصـول علـى معلومـات عامـة عنهـا فـي فيزيولوجيـة وعلم تشريح اليدين. ونتيجة لتجارب وملاحظات لا تحصى تبين لـي أن هنـاك تسـعة أشـكال مختلفـة لهـذه الأثـلام أو بـالأحرى لتلـك التـي تظهر علـى سطح السلامية الأولـى من الأصابع"[639]

كما يعتبر السير (وليم هرشل) من الباحثين الأوائل في علم البصمات عندما كان يعمل في شركة الهند الشـرقية التابعـة للتـاج البريطـاني إذ كان يكتفي بأخذ بصمة السلاميات الأولى للأصابع على عقود العمل التي كان يشرف عليها.

وفـي فتـرات متقاربـة ظهـر عـدة علمـاء قـاموا بتطـوير هـذا العـالم أشهرهم:

---

[638] نظيرشمص وفوزي خضر:علم البصمات/دار مكتبة الحياة/بيروت/1982ص17.

[639] نظير شمص وفوزي خضر: علم البصمات ـ ص17.

(أ) هنري فولدز:"يبرز اسم الدكتور هنري فولدز بفخر بين بحاثي هذا العلم، وهو رجل انكليزي قضى عدة أعوام في اليابان يعمل في مستشفى (تشوكيجي) في طوكيو.

ورغم كونه معاصراً لـ(هرشل) فقد عمل مستقلاً عنه دون أن يدرك ما توصل إليه معاصره في هذا العلم. لاحظ الدكتور هنري بعض العلامات البصمية لدى فحصه بعض اللوحات التي تعود إلى ما قبل التاريخ أثناء إلقائه محاضرة في (الفيزيولوجيا)، وأثارت هذه الظاهرة انتباهه حتى إنه توصل أخيراً إلى اكتشاف علامات أكثر وضوحاً على لوحات أقدم من الأولى، وقد أوحى إليه اكتشافه هذا القيام بدراسات مسهبة في هذا الحقل، فحصل على مجموعة كبيرة من الانطباعات البصمية لأشخاص من مختلف الجنسيات قارنها بعضها بالبعض الآخر، ثم امتدت بحوثه فشملت انطباعات القرود كمحاولة لاثبات بعض العلاقات السلالية"[640]

وفي سنة 1880م قدم هنري فولدز اقتراحه التاريخي الذي يقول فيه بإمكانية التعرف على المجرمين من آثار بصماتهم المتروكة في مسرح الجريمة حيث ذكر في رسالة له: "بإمكان العامل في هذا الحقل معرفة صاحب الانطباعات، إذا ما وجدت هذه على الصلصال أو الزجاج. وهذه نتيجة واقعية اختبرتها شخصياً مرتين: الأولى عندما ترك أحدهم انطباعة على كأس زجاجي، ولحسن الحظ كان لدي نسخة عن انطباعات هذا الشخص، فوضح تطابق الانطباعتين لدى فحصهما بالمجهر. والثانية: كان الدليل الوحيد لإدانة أحدهم هو

---

[640] نظير شمص وفوزي خضر: علم البصمات ـ ص18.

تطابق انطباعاته مع الانطباعات التي خلفها على حائط ابيض أثناء تسلقه. ويمكن الاستفادة من هذه الظاهرة في الطب للتعرف على الضحايا المجهولي الهوية، فإذا ما وجدت انطباعاتهم لدينا مسبقاً تعرفنا عليهم دون أن يراودنا أدنى شك في صحة هذا التعرف"[641]
وقد قام هنري بتأليف كتيب في علم البصمات حيث اقترح أخذ انطباعات أصابع اليد العشر وهو ما لم يتوصل إليه صنوه السير وليم هرشل من قبل.

(ب) **فرنسيس جالتون وبحوثه في علم الإجرام**[642]**:**
"حين تناول علم البصمات كوسيلة لمكافحة الجريمة، أدرك وجوب اثبات ظواهر ثلاث: (1) أن الأشكال هذه تبقى ثابتة طيلة حياة الفرد. (2) أن الفروق بين هذه الأشكال يجب أن تكون كثيرة كي تنطبع بصمات كل فرد بصورة فريدة. (3) ضرورة وجود طريقة ثابتة لتصنيف الانطباعات لمعرفة ما إذا كانت مجموعة انطباعات حديثة تخص الشخص نسه الذي سبق وطبعت بصماته"[643]
وشرع العلماء يطورون أبحاثهم في مجال علم بصمات اليد والقدم فقد ظهر في الأرجنتين (جوان فيوشيش) وقدم عدة أبحاث قيمة لا

---

[641] نظير شمص وفوزي خضر: علم البصمات ـ ص18، ص19.

[642] فرنسيس جالتون: "قام بطبع كتابه عن علم البصمات سنة 1892 بعد دراسة وافية للأبحاث التي قام بها معاصروه ومن سبقوه مكملاً إياها باختبارات وأبحاث شخصية، فتناول في كتابه الأول علم تبويب وتقسيم الانطباعات حيث قسمها إلى ثلاثة أقسام: الأقواس، والجيوب، والحلقات. طبعت نتائج أبحاث جالتون رسمياً في انجلترا سنة 1894م ولا تزال بعض الأسس الرئيسية التي توصل إليها تستعمل في التصنيف الحديث" راجع: نظير شمص وفوزي خضر: علم البصمات ـ ص19.

تزال معتمدة في أمريكا اللاتينية. ثم انتشر هذا الأسلوب تدريجياً حيث اعتمد علم البصمات كدليل جنائي في فرنسا بعد عام 1914م وقبل ذلك بقليل تم اعتماده في انجلترا وفي الدول العربية كانت لبنان من الدول الأوائل التي اعتمدت هذا العلم حيث أنشئ مكتب خاص للأدلة الجنائية سنة 1928م ثم تم تعميم هذا المكتب الذي كان يعرف بمصلحة الأدلة الجنائية عام 1959م ومعظم دول العالم اليوم تتبع أسلوب بصمة اليد والقدم كأسلوب جنائي للتعرف على هوية الجاني. ورغم دقة هذا العلم إلا أنه ليس كافياً للحكم بالقصاص على المتهم في جريمة القتل العمد طالما أصر على عدم اعترافه لأنه قد يتصادف وجوده في نفس وقت الجريمة ومن الجائز أن يمسك أي شئ بطريقة عفوية وربما يصاب بحالة هلع أو خوف شديد فيفر من من مكان الجريمة حتى لا يتهمه أحد، لكن الذي يحدث أن رجال البحث الجنائي قد يتوصلون إليه عن طريق رفع بصماته التي تركها على الآلات أو الأشياء التي مسكها في مسرح الجريمة، فيتم القبض عليه، ويقدم للمحاكمة على أنه القاتل.. لذلك ينبغي أن تتوافر قرائن أخرى للحكم على المتهم. وعلى الرغم من توافر قرائن أخرى مع قرينة ثبوت البصمة اليد أو القدم أو الحذاء، فأرى عدم الحكم بإعدام المتهم طالما لم يعترف أو لم يشهد ليه شاهدا عدل. وفي هذه الحالة فعلى القاضي الجنائي أن يحكم عليه بالدية المقررة في الفقه الجنائي الإسلامي.

---

[643] نظير شمص وفوزي خضر: علم البصمات ـ ص19.

وقد وضعت بعض النظم الإجرائية ضوابط للأخذ بالبصمات ومضاهاتها بآثار الجاني حيث تنص المادة 305 إجراءات جنائية: "يسترشد بالقواعد الآتية عند التمييز بين الآثار التي يمكن الانتفاع بمضاهاتها، والآثار التي تصلح لذلك تفادياً من انتداب الخبراء بغير فائدة: (1) يشترط لبصمات الأصابع أن تكون على جسم أو سطح ناعم ونظيف بدرجة مناسبة كالخشب المصقول أو الزجاج أو المعادن أو المرآة أو ما شابه ذلك. (2) الأرض المغطاة بأعشاب وحشائش أو نباتات أخرى لا تظهر عليها آثار الأقدام في أغلب الأحيان. (3) الأرض الجافة أو المحروثة أو المجروفة حديثاً لا تمكن حالتها غلباً من طبع علامات القدم المميزة عليها، ولا يظهر عليها شكل القدم جيداً..وعلى ذلك فالآثار التي توجد عليها لا يمكن الانتفاع بها في غالب الأحيان. (4) الأرض المروية حديثاً والتي تغمرها المياه بكثرة بحث تكون الآثار المتروكة بها عبارة عن حفر لا يستفاد منها. (5) وجود تشقق جسيم بالأرض قبل أو بعد حدوث الآثار بها يمنع من إمكان إجراء المضاهاة عليها. (6) الأرض الرملية التي يحدث فيها انهيال بكثرة لا يمكن معرفة حقيقة الأثر الموجود عليها"[644]

تطبيقات عملية على القضاء ببصمات اليد: في السودان: "أورد كتاب مرشد نائب المأمور الذي أصدرته الحكومة في 1926م أن بصمات الأصابع تستخدم للتعرف على المتهمين وللتحقيق من

[644] عبد العزيز سليم: الموسوعة الذهبية في الإثبات الجنائي - ص389.

سوابق المتهم، ومضاهاة بصمات الأصابع الموجودة على مسرح الجريمة ببصمات الشخص المشتبه والمتهم"[645]

"وفي انجلترا: ذهب القضاء الإنجليزي إلى أنه ليس هناك بصمة لإنسان تطابق بصمة آخر. ووفقاً لرأي البروفيسور جلانفيل وليامز: (فإننا ننتهي إلى أن احتمال أن تكون بصمة شخص مماثلة لبصمة آخر واحداً في السبتليون أي أمراً لا يكاد يذكر). وفي الهند تعتبر بصمة الأصابع مقبولة في الإثبات عندما تقدم بواسطة خبير"[646]

نقض الحكم بسبب اعتماده على مضاهاة بصمات الأصابع وحدها:

"ففي قضية حكومة السودان ضد الطبيب محمود جمعة وآخرين، ذكر رئيس القضاة أبورنات في حكم صادر في 1957/1/7م: (إن التعرف على المتهم عن طريق مضاهاة بصمات أصابعه بالبصمات الموجودة في محل الحادث، بواسطة خبير في البصمات يمكن قبوله كما يمكن أن يكون كافياً لإدانة المتهم حتى لو كان هو الدليل الوحيد على التعرف على المتهم). وأضاف رئيس القضاة إلى ذلك قوله: (بأنه يجوز للمحكمة الاستناد على دليل الخبرة وحده المقدم من جانب خبير البصمات دون حاجة إلى تعضيده بدليل آخر)"[647]

وبعد خمس سنين من القضية السابقة في قضية جنائية أخرى حكم قاض مختلف بنقض الحكم :

قضية فرح الدود جورون:

---

[645] كريشنا فاسديف (د): أحكام الإثبات في السودان - تعريب هنري رياض وعبد العزيز صفوت - دار الجيل - بيروت - ط1 - 1986م - ص269.

[646] كريشنا فاسديف: السابق - ص269.

[647] كريشنا فاسديف: السابق - ص270.

حيث اتهم فرح الدود في يناير 1962م بالنهب والسطو المسلح على ثلاثة منازل ولم يترك المتهم أثراً غير بصمات أصابعه على المنازل: "قام خبير البصمات بتصوير البصمات الموجودة بالمنازل، وبعد مضاهاتها ببصمات أصابع بعض معتادي الإجرام المودعة بقسم التحقيق الجنائي، تعرف الخبير على بصمات يد المتهم باعتبارها مطابقة للبصمات التي وجدت على أبواب ونوافذ المنازل. أعلن منشور للقبض على المتهم، وتم القبض عليه في (كوستي) وأحضر أمام قاضي جنايات الخرطوم. أنكر المتهم التهمة كلياً، لكنه أدين بالسطو ونهب المنازل الثلاث بناء على الدليل المقدم من خبير البصمات"[648] فطعن محام المتهم في الحكم الجنائي إلى محكمة النقض: "فقضى القاضي صلاح الدين حسين بنقض الحكم الصادر بالإدانة قائلاً: (على حسب علمي ليس ثمة سابقة في السودان أدين فيها الشخص بناء على مضاهاة بصمة إبهامه أو بصمات أصابعه الأخرى وحدها دون تعضيد من دليل آخر أو ظروف تؤيد دليل الخبير في البصمات"[649]

أقول: طبعاً هذا الحكم لم يعجب بعض فقهاء القانون في السودان في ذلك الوقت لأن القاضي علل حكمه بأنه ليس هناك سابقة قضائية رغم أن القضاء الجنائي حكم من قبل في قضية الطبيب محمود جمعة بتاريخ 1957/1/7م لأن السودان كانت تعتمد على النظام الإنجليزي في السوابق القضائية وقيل ربما إن القاضي لم يطلع على الحكم السابق. ورغم أن هذه قضية تخضع للإجراءات الجنائية الوضعية

---

[648] كريشنا فاسديف: ص270.

[649] كريشنا فاسديف: ـ ص271..

وأجزيتها طبقاً لقانون العقوبات الوضعي، أرى أن القاضي الذي نقض الحكم كان نقضه صحيحاً لأنه لم يقتنع باعتبار مضاهاة بصمات المتهم كدليل وحيد لإدانته كما أنه غير ملزم بسابقة قضية الطيب محمود جمعة المذكورة. لذلك أرى أن هذه القضية لو كانت جريمة قتل عمد وكان الدليل الوحيد للتعرف على المتهم هو بصمات أصابعه مثلاً فأرى ألا يحكم القاضي بالقود ويكتفي بالدية احتياطاً للدماء.

ثانياً: استعراف الكلب البوليسي:

يثور تساؤل: إلى أي مدى تعتبر بينة الكلب في اقتفاء أثر المتهم بواسطة حاسة الشم بينة مقبولة في الإثبات: "يقال إن لكل إنسان رائحة تختلف عن الآخر، وأن الكلاب نظراً لتربيتها قادرة على تمييز الرائحة بين شخص وآخر، ومن ثم قادرة على اقتفاء أثر رائحة معينة"[650]

فهل يجوز الحكم بالإدانة على مثل هذه البينة وحدها؟

لقد "قبلت البينة على سلوك الكلب البوليسي في كل من شمال أيرلندا، واسكوتلاندا، وكندا، ونيوزلاندا، لكنها لم تقبل أمام محاكم جنوب أفريقيا"[651]

تطبيقات عملية لبينة الكلب البوليسي:

---

[650] كريشنا فاسديف: أحكام الإثبات في السودان ـ ص285.

[651] كريشنا فاسديف: السابق ـ ص285.

"في قضية حكومة السودان ضد عبد الرحيم شرف الدين عبد الله وآخرين، نبه رئيس المحكمة الكبرى إلى أن الكلب البوليسي قد تعرف على المتهم الأول (بطريقة مدهشة دون تردد). وبعد أن ذكر أن ثمة تشابهاً بين بينة الكلب البوليسي والتعرف على المتهم عن طريق طابور الشخصية أو بينة قصاص الأثر، استطرد القاضي مشدداً على أن قيمة مثل هذا الدليل يجب أن تعطى اعتباراً كبيراً متى عرض ذلك على القضاء في المستقبل. ولما عرضت إجراءات المحكمة الكبرى للتأييد أمام محكمة الاستئناف تعرض القاضي جلال علي لطفي المتعلق بهذه المسألة من عدة أوجه، وانتهى إلى القول بعدم قبول مثل هذا الدليل"[652]

وشرح القاضي جلال آراءه قائلاً:

"وحتى في البلاد التي قبلت فيها مثل هذه البينة، فقد عبر القضاة عن ضرورة أخذها في حذر. فليست المحاكم بقادرة على التحقق من سلوك وأداء الكلب، فضلاً عن أن الوسائل تعوزها لتفسير أسباب سلوك الكلب على نحو معين."[653]

"وحتى الآن لم يثبت بطريقة علمية اختلاف وتمايز روائح الناس، ويبدو واضحاً من الحالات التي تم فيها النظر في هذا الأمر أنه ليس من المقدور وضع قاعدة جامعة مانعة بالنسبة لقبول مثل هذا الدليل. وعلى الرغم من الشروط المقررة لمؤهلات الكلب ومدربه إلا أن الأمر ما زال إلى حد كبير بغير ضابط يحكمه. ويقال إن قيمة وأهمية

---

[652] كريشنا فاسديف: السابق - ص286.

[653] كريشنا فاسديف: السابق - ص287.

هذا الدليل تعتمد على ظروف كل قضية على حدة، مما يجعل الوضع القانوني لا يتسم حقاً بالوضوح"[654]

جاء في محكمة النقض المصرية: "لا جناح على الحكم إذا استند إلى استعراف كلب الشرطة كقرينة يعزز بها أدلة الثبوت التي أوردها، ما دام أنه لم يتخذ من هذا الاستعراف دليلاً أساسياً في ثبوت الاتهام قبل المتهمين"[655]

أقول: إن تعرف كلب الشرطة المدرب على الجاني قرينة ضعيفة جداً لأنه يعتمد على المدرب الذي قد يدرب الكلب مسبقاً على أي أثر من ملابس المتهم مثلاً فيسهل التعرف عليه ومن ثم تقديمه للمحاكمة فينبغي الحذر الشديد من تعرف الكلب البوليسي على الجاني أو الجثة لكنه قد يقوى إذا كانت هناك قرائن أخرى يعتمد عليها القاضي الجنائي أكثر من قرينة تعرف الكلب البوليسي وعلى أية حال فأرى ألا يحكم بالقصاص على المتهم في جريمة القتل العمد بقرينة تعرف الكلب البوليسي على شخص المتهم سواء كانت هذه القرينة منفردة أو معضدة بقرائن أخرى طالما لم يعترف المتهم ولم يشهد شاهدا عدل فللقاضي أن يحكم بالدية المقررة في الشريعة الإسلامية.

---

[654] كريشنا فاسديف: السابق ـ ص288.

[655] المرصفاوي: قانون الإجراءات الجنائي/منشأة المعارف/الإسكندرية/ص1059. حكم محكمة النقض (1980/11/3 أحكام محكمة النقض س31 ق184 ص950). وفي حكم آخر لمحكمة النقض جاء فيه: "تعرف كلاب الشرطة على المتهم ليس من إجراءات التحقيق التي يوجب القانون فيها شكلاً خاصاً. ولما كانت المحكمة قد استندت إلى استعراف الكلب كقرينة تعزز بها أدلة الثبوت التي أوردتها ولم تعتبر هذا الاستعراف كدليل أساي على ثبوت التهمة قبل الطاعنين فإن استنادها إلى هذه القرينة لا يعيب الاستدلال" (1965/12/3 أحكام النقض س16 ق173 ص899) راجع: المرصفاوي: قانون الإجراءات الجنائية/ص1060.

ثالثاً: البصمة الوراثية/الحامض النووي[656] DNA

(1) تعريف البصمة الوراثية:

فـي اللغـة: "البصـمة هـي العلامـة، والوراثيـة هـي مـن الإرث أو الميراث وهو ما يتركه أو يخلفه الميت لورثته، وعلم الوراثة هو الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بطريقة هذا الانتقال"[657]

في اصطلاح العلماء: "البصمة الوراثية عبارة عن عزل للحامض النووي (DNA) عن مصادره الحيوية بواسطة أنزيمات خاصة تقسم هذا الحامض إلى مواقع قيد حيث يكون له تسلسل معين، ومن ثم يتم له تصنيف أجزاء الحامض النووي التي تم الحصول عليها بهذه الطريقة بواسطة الهجرة الكهربائية التي تتمثل في أن يوضع على أطراف هلامية تحت مجال كهربائي المحلول الذي يحمل أجزاء الحامض النووي، وبطريقة خاصة يتم جعلها مرئية، ويتم التمييز بين الأجزاء ووضع علامات على كل منها عن طريق مجسات جزئية ذات نشاط إشعاعي، فيتكون عندئذ فيلم حساس أبيض وأسود يمكن أن تظهر منه الركيزة (التصوير الإشعاعي الذاتي) وذلك بترك خطوط واضحة إلى حد ما والمقارنة من حيث العدد

---

[656] الحامض النووي DNA هو اختصار DISOXYRIBO NEVULICE ACID

[657] مجلة الأزهر: ج14 السنة 77 بتاريخ ربيع الآخر 1425هـ ص676 .

والمكـان الخـاص بصـورتين إشـعاعيتين يتـيح الوصـول إلـى هويـة مصدرها البيولوجي"[658]

(2) تعريف الحامض النووي:

"عبارة عن مادة كيميائيـة تتحكم فـي تطـوير شكل الخلايـا والأنسجة في جسم الإنسان، فهو بمثابة خريطة خاصة بتطوير الجسم محفوظـة في داخل كل خلية من خلاياه"[659]

(3) بعض الأمور المتعلقة بالحامض النووي:

الجينـات الوراثيـة: "مـن الأمـور المتعلقـة بالحـامض النـووي، والتـي شغلت الأوساط العلمية في الآونة الأخيرة، ما يعرف بالجينات، وهي جمـع جـين، وهـو عبـارة عـن جـزء مـن الحـامض النـووي علـى الكروموسـوم، وقيـل إنـه عنصـر كروموسـوي لانتقـال الميـزات الوراثيـة، ويحتـوي جسم الإنسـان علـى حـوالي مائـة ألـف جين فـي الخلية الواحدة، ولكن العلماء لم يكتشفوا إلا حوالي سبعة آلاف جين. وذكر العلماء أن الجين يختلف عن الجينـوم، والـذي هو كلمـة مركبـة

[658] الصغير: جميل عبد الباقي (د): أدلـة الإثبـات الجنـائي والتكنولوجيـا الحديثـة ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ ط1 ـ 2002م ـ ص59.
[659] الصغير: أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة ـ ص59.

مرجا من كلمتي: جين، وكروموسوم، والجينون يمثل مجمل التركيب الوراثي"[660]

(4) خصائص البصمة الوراثية:

ذكر علماء الطب والوراثة تتميز عن غيرها من الأدلة البيولوجية الأخرى بالخصائص الآتية:
"(1): الاختلاف الكامل بين كل فرد عن آخر عند تحليل البصمة الوراثية بما ينفي التوافق والتشابه بينهما، ولكن يستثنى من ذلك حالة التواءم المتماثلة الواحدة.
(2): البصمة الوراثية تعتبر من أدق الوسائل التي تحدد هوية الإنسان، لأن العلماء ذكروا أن نتائج استعمال هذه البصمة لا تقبل الظن أو الشك، بنسبة تصل إلى 100% وذكر بعضهم إن نسبة دقة هذه البصمة تصل إلى 99,999% في إثبات الأبوة، ولكن بعض العلماء تحفظ على نسبة الـ 100%، وقال: إن هذه الطريقة كغيرها من الطرق البيولوجية لا يمكن اعتبارها 100% صحيحة وخالية من العيوب، ولكن قد تكون قريبة من هذه النسبة لأنها تحتاج لمعايير للتأكد من صحتها، كالمؤهلات العلمية والخبرة الممتازة وسلامة الطرق والإجراءات التي تتبع لتحليل البصمة الوراثية.
(3): قوة الحامض النووي وتحمله ضد التعفن والتغييرات الجوية، وهذا يساعد على سهولة معرفة أصحاب الجثث والأشلاء المتناثرة.

---

[660] مجلة الأزهر: ج14 السنة 77 بتاريخ ربيع الآخر 1425هـ ص677 .

(4): إن البصمة الوراثية تفيد في الإثبات في النسب أو الجريمة، وتفيد أيضاً في النفي كما في الجرائم"[661]

(5) كيفية تحليل الحامض النووي واستخلاص البصمة الوراثية:

قبل التكلم عن كيفية تحليل الحامض النووي وطريقة استخلاص البصمة الوراثية ينبغي التكلم عن تركيب الخلية: "تتكون الخلية من جسم بيضاوي الشكل وهي النواة التي تحتوي بداخلها على المادة الوراثية التي تسمى (كروموسومات)، وتحاط النواة بالسيوبلازم الذي يحاط بغشاء رقيق يسمى الغشاء البلازمي، ويعمل على حماية الخلية ويتحكم في مرور العناصر من الخلية وإليها. ونواة الخلية تتكون بدورها من جزئيات صغيرة تعرف بالنويات، وسائل حمضي تسبح فيه مادة تعرف بالكروميدات، وعند انقسام الخلية انقساماً بسيطاً يحدث استطالة في النواة، ثم ينجذب نصف محتويات النواة إلى كل طرف، وتعرف هذه الظاهرة بالانقسام البسيط، حيث تنقسم كل خلية إلى خليتين، تحتوي كل خلية على نصف محتويات الخلية الأم. وسيتضح من ذلك أن العوامل الوراثية تنقسم إلى نصفين يكمل كل منهما ـ عند التلقيح ـ النصف الثاني، أي الذي يأتي من الشريك في عملية التلقيح. وعلى ذلك تتكون الخلية وصفاتها الوراثية مناصفة بين الأب والأم"[662]

---

[661] مجلة الأزهر: ج14 السنة 77 بتاريخ ربيع الآخر 1425هـ ص678 .
[662] الصغير: أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة ـ ص60.

(6) كيفية استخلاص البصمة الوراثية:

"بعد رفع العينة من مكان الحادث تعامل معملياً بحيث يتم التخلص من المواد المصاحبة للعينة، مثل كرات الدم الحمراء والمواد الصلبة، بواسطة جهاز طرد مركزي ذي سرعة عالية حتى تستخلص كرات الدم البيضاء، ويتم تكسير نواة خلية الدم البيضاء بواسطة الإنزيمات. والمقصود بالتكسير قطع غلاف الخلية وصولاً إلى الشريط المزدوج الحلزوني في صورة راسب أبيض هلامي هو البصمة الجينية"[663]

(7) تطبيقات البصمة الوراثية في القانون الجنائي:

لقد لعبت البصمة الوراثية دوراً كبيراً في الإثبات الجنائي في كثير من القضايا عن طريق الوصول إلى الجاني الحقيقي من خلال تحليل آثار الدماء أو السائل المنوي أو أي خلية بشرية يتم العثور عليها على مسرح الجريمة. فبفضل تحليل الحامض النووي أمكن التعرف على شخصية الجاني في كثير من الجرائم كجريمة القتل العمد والخطأ والجراح إذا وجدت أي آثار من جسد الجاني على مسرح الجريمة بحيث يمكن تحليل عينة الدم الملتقطة من مسرح الجريمة، وعينة دم المشتبه فيه إثبات أنهما لشخص واحد لوحدة البصمة الجينية.

[663] الصغير: أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة ـ ص61.

كما نلاحظ أن معظم دول العالم بأنظمتها المختلفة تأخذ بهذه الوسيلة الحديثة للتعرف على هوية الجاني، وحالياً المحاكم الجنائية في الدول العربية تستخدم هذه الطريقة فعلى سبيل المثال **حدثت جريمة قتل في منطقة النزهة بالقاهرة** على النحو التالي: "في مصر أدخلت البصمة الوراثية لأول مرة في المحاكم الجنائية لتستخدم كدليل في تحديد هوية المجني عليه في جريمة قتل. وتتلخص وقائع هذه القضية: في ارتكاب جريمة قتل شخص ثم إشعال النار فيه في إحدى المناطق الصحراوية، وقد دلت تحريات الشرطة إلى تحديد مكان الواقعة، إلا أنه لم يعثر فيه على ثمة عظام أو أشلاء لأنسجة آدمية، ومع ذلك تمكن خبراء الطب الشرعي من الحصول على كمية من الرمال التي توجد بها آثار دماء من محل الواقعة، وأجروا عليها تحليل الـ DNA بطريقة PCR، بهدف التعرف عما إذا كانت هذه العينة من الدماء تخص المجني عليه من عدمه، وتم بالفعل استخراج الحامض النووي، ولكن نظراً لقلة كميته فقد تعذر فنياً استكمال باقي أبحاث الحامض النووي، وإن كانوا توصلوا بالفعل إلى أن الدماء من جسم آدمي"[664]

أقول: أعتقد أن السبب في عدم استكمال العملية في الفنية في جريمة القتل بمنطقة النزهة بشرق القاهرة لسنة 1998م هو أنه لا توجد معامل جنائية على كفاءة عالية مثل التي توجد في أمريكا وبريطانيا فهناك حالات لجرائم قتل مشابهة في أمريكا والمملكة المتحدة وغيرها من الدول الأوروبية المتقدمة علمياً تم التوصل إليها بفضل

[664] الصغير: أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة ـ ص66.

الوسائل العلمية الحديثة التي تمتلكها هذه الدول بالإضافة إلى وجود خبراء جنائيين على مستو عال من الخبرة والكفاءة العلمية.

وقد استخدمت هذه التقنية الحديثة بالفعل في التعرف على الجثث المجهولة الهوية، وهناك مثالان على ذلك:

المثال الأول من فرنسا: حيث أجريت في فرنسا الاختبارات الجينية للتعرف على شخصية ركاب طائرة AIRBUS والبالغ عددهم 320 راكباً والتي سقطت قرب استراسبورج في 20 يناير 1992م.

المثال الثاني: من مصر: "كما استخدمت تقنية تحليل الـ DNA بأخذ عينات من دم أقارب ضحايا الطائرة المصرية، التي سقطت بالقرب من شواطئ الولايات المتحدة الأمريكية عام 1999م، وذلك للتعرف على أشلاء هؤلاء الضحايا من خلال مضاهاة الصفات الوراثية للدم والأسنان وشعر الرأس"[665] "ويمكن من خلال العثور على عظام بشرية التعرف على شخصية صاحبها بالمقارنة بين العينة المأخوذة منه وعينة من أبويه أو أبنائه"[666]

(7) موقع البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية:

من المتفق عليه بين العلماء المختصين في مجال البصمة الوراثية، أنها تعتمد كلياً على تحليل الخلية الحية عن طريق معرفة الحامض النووي الموجود بها، الذي يختلف جزئياً من شخص لآخر، وهذا

---

[665] جريدة الأهرام: 20 يوليو 2000م.

[666] رمسيس بهنام (د): البوليس العلمي أو فن التحقيق ـ منشأة المعارف ـ الإسكندرية ـ ص152.

التحليل يتم في المعامل المتخصصة بواسطة الفنيين الباحثين في هذا المجال، وعلى ذلك فإن البصمة الوراثية تعد من الأدلة الفنية التي يستعين بها القاضي في معرفتها بأهل الخبرة المتخصصين، وفي النهاية تخضع للسلطة تقديره للأدلة الفنية بصفة عامة.

أما عن المستند الشرعي للبصمة الوراثية:

أولاً: قوله تعالى في سورة يوسف: (وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْراً فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ)[667]

قال ابن العربي:"وهكذا يجب على الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات، وتعارضها"[668]

وقال أيضاً: "إن المصالح والعادات لا تختلف فيها الشرائع. أما أنه يجوز أن يختلف وجود المصالح فيكون في وقت دون وقت، فإذا وجدت فلا بد من اعتبارها. وقد استدل يعقوب بالعلامة، فروى العلماء: أن الأخوة لما ادعوا أكل الذئب له قال: أروني القميص. فلما رآه سليماً قال: لقد كان هذا الذئب حليماً. وهكذا فاطردت العادة والعلامة، وليس هذا بمناقض لقوله صلى الله عليه وسلم: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر). والبينة إنما هي البيان، ودرجات

---

[667] يوسف: آية 18.

[668] ابن العربي: أحكام القرآن ـ تحقيق محمد عبد القادر عطا ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ مج3 ص41.

البيان تختلف بعلامة تارة، وبأمرة أخرى، وبشاهد أيضاً، وبشاهدين ثم بأربع"[669]

ثانياً: قوله تعالى في سورة يوسف أيضاً: (وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ)[670] ((وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ)[671] (فَلَمَّا رَأى قَمِيصَهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ)[672]

قال في أحكام القرآن:

"في هذا دليل على العمل بالعرف والعادة، لما ذكر من أخذ القميص مقبلاً ومدبراً، وما دل عليه الإقبال من دعواها، والإدبار من صدق يوسف"[673]

ووافقه القرطبي قائلاً: "في الآية دليل على القياس والاعتبار، والعمل بالعرف والعادة، لما ذكر من قد القميص مقبلاً ومدبراً"[674]

ثانياً: وهناك قواعد فقهية تعتبر مستنداً لمشروعية البصمة الوراثية من هذه القواعد:

اليقين لا يزول بالشك[675]

وقاعدة: الأصل براءة الذمة[676]

---

[669] ابن العربي: أحكام القرآن ـ مج3 ص50، ص51.

[670] يوسف: آية 26.

[671] يوسف: آية 27.

[672] يوسف: آية 28.

[673] ابن العربي: أحكام القرآن ـ مج3 ص50.

[674] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ـ دار الحديث ـ القاهرة ـ ج9 ص176.

[675] راجع: ابن نجيم: الأشباه والنظائر ـ تحقيق عادل سعد ـ المكتبة التوفيقية ـ القاهرة ـ 64.. وراجع أيضاً: السيوطي: الأشباه والنظائر ـ ج1 ص114.

[676] السيوطي: الأشباه والنظائر ـ تحقيق محممد حسن الشافعي ـ دار الكتب العلمية ـ

وقاعدة: الأصل في الأشياء الإباحة[677]

ودليل الاستصحاب:

قال ابن نجيم: "الحكم ببقاء أمر محقق لم يظن عدمه"[678]

وعرفه الشوكاني في إرشاد الفحول: "الاستصحاب الحال لأمر وجودي أو عدمي عقلي أو شرعي؛ ومعناه أن ما ثبت في الزمن الماضي فالأصل بقاؤه في الزمن المستقبل مأخوذ من المصاحبة وهو بقاء ذلك لأمر ما لم يوجد ما يغيره فيقال الحكم الفلاني قد كان فيما مضى، وكلما كان فيما مضى ولم يظن عدمه فهو مظنون البقاء. قال الخوارزمي في الكافي: وهو آخر مدار الفتوى فإن المفتي إذا سئل عن حادثة يطلب حكمها في الكتاب ثم في السنة ثم في الإجماع ثم في القياس فإن لم يجده فيأخذ حكمها من استصحاب الحال في النفي والإثبات، فإن كان التردد في زواله فالأصل بقاؤه وإن كان التردد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته"[679]

قال أبو زهرة: "إن الاستصحاب يؤخذ به من حيث لا دليل، ولذلك وسع نطاق الاستصحاب الذين حصروا الأدلة في أقل عدد، فنفاة القياس وسعوا في الاستدلال به، فالظاهرية والإمامية[680] وسعوا في الاستدلال به، وأثبتوا به الأحكام في مواضع كثيرة لم يثبتها فيه

بيروت - ج1 ص120.

[677] السيوطي: الأشباه والنظائر - ج1 ص131.

[678] ابن نجيم: الأشباه والنظائر - - ص82.

[679] الشوكاني: إرشاد الفحول - دار الكتب العلمية - بيوت - 352.

[680] راجع كتاب السيد محمد باقر الصدر: دروس في علم الأصول/مؤسسة النشر الإسلامي - قم - إيران. حيث أفرد المؤلف بحثاً مستفيضاً عن الاستصحاب وأدلته في الفقه الإمامي خاصة في الجزء الثاني من الكتاب.

جمهور الفقهاء الذين أثبتوا القياس، فكل موضع فيه قياس أخذ به الجمهور، قد أخذ الظاهرية في موضعه بالاستصحاب، والشافعي الذي لم يأخذ بالاستحسان كان أكثر أخذاً بالاستصحاب من الحنفية والمالكية، لأنه في كل موضع كان للعرف أو الاستحسان فيه حكم كان محله عند الشافعي الاستصحاب"[681]

"الاستصحاب في الحقيقة، لا يثبت حكماً جديداً، ولكن يستمر به الحكم السابق الثابت بدليله المعتبر. فهو إذن ليس دليلاً فقهياً ولا مصدراً تستقي منه الأحكام، وإنما هو فقط قرينة على بقاء الحكم السابق الذي أثبته دليله"[682]

(8) وخلاصة القول:

"البصمة الوراثية تستند إلى القاعدة الأصولية التي تقرر أن الأصل في الأشياء الإباحة، وفي الإنسان براءة الذمة، ما لم يقم الدليل عل عكس ذلك باعتبار أن هذه القاعدة تمثل أحد أدلة الأحكام الشرعية المعروفة في الشريعة الغراء، وهو دليل الاستصحاب الذي من مقتضاه، أن اليقين لا يزول بالشك وأن الأصل بقاء ما كان على ما كان عليه، حتى يثبت خلافه بدليل آخر أقوى منه. وعلى هذا تعتبر البصمة الوراثية دليلاً شرعياً في الإثبات والنفي بصفة عامة، ولكنه

[681] أبو زهرة: أصول الفقه ـ دار الفكر العربي ـ ص304.
[682] عبد الكريم زيدان (د): أصول الفقه ـ مؤسسة الرسالة ـ بيروت ـ ص270.

ليس دليلاً مطلقاً عن القيود والضوابط، بل يخضع لكثير منها، حتى تكون له حجيته أمام القاضي في إثبات الدعوى أو نفيها"[683]

وعلى هذا فإن: "الاستصحاب يؤخذ به في قانون العقوبات وهو أصل فيه، لأن الأمور على الإباحة حتى يقوم نص مثبت للتحريم والعقوبة، وإن قضية المتهم برئ حتى يقوم دليل على ثبوت التهمة، أو حتى يصدر نص بالعقوبة، وهي مبنية على الاستصحاب، وهو استصحاب البراءة الأصلية"[684]

وفي النظام الإجرائي الوضعي: للقاضي الجنائي حرية تقدير الدليل المستخلص مخن الحامض النووي: "وبالنسبة للبصمة الوراثية فإنه يترك لقاضي الموضوع تقدير قوتها الإثباتية طبقاً لمبدأ الاقتناع الشخصي؛ بمعنى أن القاضي ليس مقيداً بتقرير الخبير، والبصمة الوراثية لا تشكل استثناءً من ذلك، فيكون للقاضي استبعاد الدليل الناتج عن تحليل الحامض النووي في الإثبات مفضلاً عليه عناصر أخرى لإقامة الدليل أو لهدمه. فالبصمة الوراثية دليل عادي مثل أي دليل آخر في القضايا الجنائية"[685]

(9) قرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي بشأن البصمة الوراثية:

---

[683] مجلة الأزهر: ج14 السنة 77 بتاريخ ربيع الآخر 1425هـ ص679 .

[684] أبو زهرة: أصول الفقه ـ ص305.

[685] الصغير: جيل عبد الباقي (الدكتور): أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا/دار النهضة العربية/ القاهرة/ص23.

القرار السابع

بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها

(الحمد لله وحده والصلاة والسلام علي من لا نبي بعده ، أما بعد فـإن مجلـس المجمـع الفقهـي الإسـلامي فـي دورتـه السادسـة عشـر المنعقدة بمكـة المكرمـة، فـي المدة مـن 21-1422/10/26 هـ الـذي يوافقـه 5-2002/1/10 م ، وبعـد النظـر فـي التعريـف الـذي سـبق للمجمع اعتماده في دورته الخامسة عشر ، ونصه (البصـمة الوراثيـة هي البنية الجينية ، (نسبة إلي الجينات أي المورثات) التـي تـدل علـي هوية كل إنسان بعينه ، وأفادت البحوث والدراسـات العلميـة أنهـا مـن الناحيـة العلميـة وسيلة تمتـاز بالدقـة لتسـهيل مهمـة الطـب الشـرعي ، ويمكن أخذها من أي خلية (بشرية) من الدم ، أو اللعـاب ، أو المنـي ، أو البول، أو غيره).

وبعد الإطلاع علي ما أشتمل عليـه تقريـر اللجنـة التـي كلفهـا المجمـع فـي الـدورة الخامسـة عشـر بإعداده مـن خـلال إجـراء دراسـة ميدانيـة مستفيضـة للبصمة والإطلاع علي البحوث التي قدمت فـي الموضـوع من الفقهاء والأطباء والخبراء ،والاستماع إلي المناقشـات التـي دارت حوله ، تبين من ذلك كله أن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعيـة في إثبات نسبة الأولاد إلي الوالدين أو نفيهم عنهما وفي إسناد العينـة (مـن المنـي أو الـدم أو اللعـاب) التـي توجـد فـي مسـرح الحـادث إلـي صـاحبها فهي أقوي بكثير من القيافة العادية (التي هـي إثبـات النسـب

بوجود الشبه الجسماني بين الأصل والفرع) ،وأن الخطأ في البصمة الوراثية ليس وارداً من حيث هي ،وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث ونحو ذلك وبناء علي ما سبق قرر ما يأتي :

أولاً : لا مانع شرعاً من الاعتماد علي البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص لخبر (ادرؤوا الحدود بالشبهات) وذلك يحقق العدالة والأمن للمجتمع ، ويؤدي إلي نيل المجرم عقابه وتبرئة المتهم ، وهذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة .

ثانياً : أن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لابد أن يحاط بمنتهي الحذر والحيطة السرية ، ولذلك لابد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية علي البصمة الوراثية .

ثالثاً : لا يجوز شرعاً الاعتماد علي البصمة الوراثية في نفي النسب ، ولا يجوز تقديمها علي اللعان .

رابعاً : لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعاً ، ويجب علي الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة ، لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصوناً لأنسابهم .

خامساً : يجوز الاعتماد علي البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية :

1- حالات التنازع علي مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع علي مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها ، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه .

2- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها ، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب .

3- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم ، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف علي هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين .

سادساً : لا يجوز بيع الجينوم البشري لجنس، أو لشعب، أو لفرد، لأي غرض، كما لا تجوز هبتها لأي جهة، لما يترتب علي بيعها أو هبتها من مفاسد.

سابعاً : **يوصي المجمع بما يأتي :**

1- أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء، وأن يكون في مختبرات للجهات المختصة ، وأن تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاولة هذا الفحص لما يترتب علي ذلك من المخاطر الكبرى .

2- تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة يشترك فيها المختصون الشرعيون، والأطباء والإداريون، وتكون مهمتها الإشراف علي نتائج البصمة الوراثية،واعتماد نتائجها .

3- أن توضع آلية دقيقة لمنع الانتحال والغش ، ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية حتى تكون النتائج مطابقة للواقع،وأن يتم التأكد من دقة المختبرات، وأن يكون عدد المورثات (الجينات

المستعملة للفحص) بالقدر الذي يراه المختصون ضرورياً دفعاً للشك).

أما في النظام الإجرائي الوضعي فقد سنت بعض الدول الغربية تشريعات خاصة لاستخدام تقنية الشفرة الوراثية DNA ووضع ضوابط للتوفيق بين حرمة الحياة الشخصية وحق المجتمع في التعرف على هوية الجاني. ومن هذه التشريعات: القانون النرويجي الصادر في يناير 1986م، والقانون الإنجليزي (قانون الشرطة والدليل الجنائي) لسنة 1984م. وممن توسع في هذا الأمر القانون الهولندي لسنة 1991م الذي نظم فيه شروط اللجوء لتحليل الحامض النووي واجراءاته وضمانات عدم إساءة استخدام النتائج التي يسفر عنها.

لكن أهم هذه القوانين هو التي التشريع الذي أوصى به المجلس الأوروبي بشأن استخدام الحامض النووي في الإثبات الجنائي:

(10) موقف المجلس الأوروبي

من استخدام الحامض النووي في الإثبات الجنائي

نظراً لاحتمال تعارض التشريعات الأوروبية فيما يتعلق بإمكانية استخدام الحامض النووي في مجال الثبات الجنائي فقد أصدر المجلس الأوروبي التوصية رقم R92-1 بناء على اقتراح لجنة وزراء الدول الأعضاء في 22 فبراير 1991م آخذاً في اعتباره الموازنة بين مقتضيات تحقيق العدالة الجنائية والحقوق والحريات

الشخصية للمتهم وسوف نسرد فيما يلي أهم المبادئ التي تضمنتها هذه التوصية:

"**المبدأ الثالث**: عدم استخدام تقنية تحليل الحامض النووي إلا في غرض البحث الجنائي، أي لإثبات أو نفي الاتهام، وفي حدود الأشخاص المطلعين بأمر التحقيق فحسب، وبناء على ترخيص من المشرع الوطني، ولا تستعمل العينات التي تؤخذ من جسد شخص المتهم في أي غرض آخر (علمي أو تجريبي) إلا بعد طمس كل المعلومات التي من شأنها الكشف عن هوية صاحب العينة (المتهم)"[686]

"**المبدأ الرابع**: لا يسمح بإجراء هذا التحليل إلا بإذن من السلطة المختصة بالتحقيق، وذلك في حالة رفض المتهم استقطاع هذه الأنسجة من جسمه أو الحصول على العينة. **المبدأ الخامس**: ألا يسمح بإجراء هذا التحليل إلا في نطاق الجرائم التي على درجة معينة من الخطورة الإجرامية، وأن ينص القانون على هذه الجرائم. المبدأ السادس: يجب إجراء هذه التحاليل في معامل طبية تابعة لوزارة العدل أو حاصلة على ترخيص بذلك"[687]

"**المبدأ الثامن**: فيما يتعلق بحفظ العينات والأنسجة المستقطعة والمعلومات المتحصلة منهما فقد أقرت ضرورة التخلص منها، طالما صدر قرار نهائي فيها. وكذلك المعلومات المتحصلة من

---

[686] الصغير: أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة/دار النهضة العربية/القاهرة/ص86.

[687] الصغير: السابق/ص86،وص87.

التحليل فإنه يجب محوها والتخلص منها إذا لم تعد لها أهمية في الدعوى"[688]

"**المبدأ التاسع**: تكافؤ الوسائل: على الدول الأعضاء ضمان استعمال نتائج هذه التحاليل كوسائل إثبات مقبولة أمام القضاء سواء للادعاء أو للدفاع عن المتهم، وأن تمكن الدفاع بنفس الوسيلة من استعمال هذه النتائج سواء كان ذلك بإذن قضائي أو عن طريق وسيط (خبير مستقل)، مع التأكيد دائماً على السهر على عدم الإخلال بحقوق الدفاع، حتى ولو كانت النتائج المهيأة محدودة ومقيدة"[689]

الرأي المختار:

أرى بعد عرض هذه الوسائل الحديثة للتعرف على هوية الجاني أرى أنها ثمرة من ثمار العقل البشري والتطور التاريخي الطبيعي للإنجازات العلمية للإنسان على مر العصور وهذه الوسائل والمخترعات لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية إذ أن مقاصد الشريعة الإسلامية تحقيق مصالح الناس ومن هذه المصالح القضاء على الإجرام واتخاذ كافة التدابير الاحترازية لاقتلاع جذوره، وإذا كان المتيسر قديماً هو القسامة وقرائن أخرى كالقيافة وتتبع الجاني عن طريق بعض قصاصي الأثر من خلال خبرات بشرية بسيطة. وإذا كان القضاء قديماً يستأنس بها في أحكامه، فإن الوسائل العلمية الحديثة تعتبر أدق مثل بصمة الأصابع والحامض النووي ولذلك

[688] الصغير: أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة/ ص87.
[689] الصغير: أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة/ص88.

فـإنني أرى أن هـذه الوسـائل العلميـة الحديثـة إذا تمـت بضـوابطها المتعارف عليها علمياً وتحت مراقبة أجهزة الدولة وبأمر قضائي وإشراف طبي، وبنفس الشروط و الضوابط التي ذكرها المجلس الأوروبي وما ذكره المجمع الفقهي في توصياته فإنه لا حاجة لنا باللجوء إلى القسامة لأن القسامة في ذاتها حجة ضعيفة، وبصمة الأصابع وخاصة البصمة الوراثية (الحامض النووي DNA) أقوى منها وأدق في التعرف على هوية القاتل. لكن إذا ما تم اللجوء إلى الحامض النووي للتعرف على هوية القاتل في جريمة القتل العمد فإنه ينبغي أن نفرق بين حالتين: **الحالة الأولى**: إذا جاءت نتيجة التحليل بالسلب أي نفي التهمة عن المتهم ففي هذه الحالة يجب الحكم ببراءة المتهم إعمالاً بالقاعدة الشرعية (ادرءوا الحدود بالشبهات) وتنطبق هذه القاعدة على القصاص في النفس أيضاً، وإعمالاً بقاعدة النظم الإجرائية (الشك يفسر لصالح المتهم). **الحالة الثانية**: إذا كانت النتيجة بالإيجاب ففي هذه الحالة أرى ألا تطبق عقوبة القصاص احتياطاً للدماء لأن هذه الوسيلة رغم تقدمها العلمي إلا أنها ليست مطلقة فمن الجائز نسبة الخطأ في نتيجة التحليل وإن كانت نسبة الخطأ ضعيفة؛ لذلك فللقاضي الجنائي أن يلجأ لعقوبة الدية في حالة إصرار المتهم على عدم الاعتراف، وعدم وجود شاهدي عدل لإثبات الجريمة.

الخاتمة والنتائج

الخاتمة والنتائج

بعد هذا التطواف من البحث والتنقيب عبر المراحل المختلفة التي مر بها الإثبات الجنائي منذ أقدم العصور حتى وقتنا الحاضر. ها نحن أولاء نصل إلى خاتمة عامة لكل ما قدمناه من طرق الإثبات لجريمة القتل العمد حيث نستعرض النتائج التي توصل إليها بحثنا لنيل درجة الدكتوراه (طرق اثبات جريمة القتل العمد في الشريعة الإسلامية/دراسة مقارنة مع القانون الوضعي) عبر النقاط التالية:

- لقد بدأنا هذه الدراسة بفصل تمهيدي حول تاريخ الإثبات الجنائي وتطوره عبر مراحل التاريخ المختلفة لأن دراسة التاريخ المقارن لهذا النظام تعتبر خير معين للباحث إذا كان يروم لنظرية عامة حيث إن أوجه الخلاف والاتفاق بين النظم القانونية الحالية لا يمكن تفهمها ولا تقويمها دون الرجوع إلى التاريخ الذي يجعلنا نتبين مما إذا كانت أوجه الخلاف الحالية قائمة على خلاف أساسي وأصيل أو مجرد خلاف عارض سرعان ما يذوب ويتلاشى مع مرور الزمن، كما أن دراسة التاريخ المقارن لطرق الإثبات الجنائي تساعد على أن تعطينا تفسيراً منطقياً، ومسوغاً معقولاً لهذا التشابه والتداخل الذي نجده بين الأنظمة القانونية المختلفة. وانطلاقاً من هذه الخلفية التاريخية أقمنا نظريتنا لطرق الإثبات الجنائي لجريمة القتل العمد في المنظومة الإسلامية مقارنة

بالنظم الإجرائية الوضعية، بغية التعرف على كل ما يمكن تأصيله من ركائز عامة يقوي من هذه النظرية لطرق الإثبات الجنائي التي يمكن التسليم لها من كافة الشرائع المختلفة مع إبراز ما تنفرد به كل شريعة من سمات خاصة في كيفية التصدي لتفشي الجريمة، وفي نفس الوقت وضع طرائق لضمان التأكد من سلامة التحقيق وسلامة الإجراءات المتخذة ضد الجاني مع وضع ضوابط مشددة في حالة القبض على المتهم، والتأكد من سلامة اعترافه ووضع ضوابط صارمة للأخذ بأقوال الشهود وغير ذلك من طرق الإثبات التي تناولتها هذه الدراسة بالبحث والتحليل.

- وقد قمنا بذلك كله بغية الوصول إلى غايتنا المرجوة بصهر ما أفرزه الفقه الجنائي الإسلامي، وما تمخض عنه الفقه الجنائي الوضعي في بوتقة واحدة حيث وجدنا تشابهاً كبيراً في بعض طرق الإثبات كشروط اعتراف المتهم وغيرها مما يجعلنا نؤكد أن كل ما تمخض عن الفكر الوضعي وخاصة في مجال الفقه الجنائي ليس بالضرورة أن يتناقض وما جاء من قواعد ومبادئ في الشريعة الإسلامية في مجال مكافحة الجريمة ووضع ضوابط لكيفية التعرف على الجاني وطرق إثبات الجريمة وضمان حق هذا المتهم كإنسان في مناقشة أقواله والدفاع عن نفسه مع تفحصها من قبل السلطة القضائية المختصة. لذلك أرى أنه يتعين علينا أن ننسق بين هذه القواعد التي تتلاقى والشريعة الإسلامية ونأخذ منها ما يلائم احتياجاتنا طالما أنها لا تتصادم وقواعد الشريعة

الإسلامية في مجال طرق إثبات جريمة القتل العمد ومكافحة الجريمة.

- وقد استعرضنا آراء فقهاء المذاهب الإسلامية على اختلاف مشاربهم ليس بغرض نشر الخلاف فيما بينها من آراء ولكن لوضعهم في جبهة واحدة تلتمس مرجعيتها من القرآن الكريم والسنة، ومن أجل الوصول إلى صياغة نظرية عامة للإثبات الجنائي نأخذ فيها بالأصول العامة للشريعة الإسلامية وبآراء الفقهاء التي تناسب عصرنا حيث إن اختلافهم في هذا المجال الفقهي الرحب ليس اختلاف تضاد بل هو اختلاف تنوع، فالمجتمع الذي لا يناسبه رأي فقيه من فقهاء المذاهب، فمن حقه أن يأخذ برأي فقيه آخر طالما أن الأمر في مجال الاجتهاد وفي دائرة المباح فهذا الاختلاف يقدم أنموذجاً فريداً للبشرية على سعة الشريعة الإسلامية لكل الآراء الفقهية المختلفة التي تفرغ وسعها وتجتهد من أجل الوصول إلى الحقيقة ومن أجل مصلحة الناس وإسعادهم في العيش بأمان من خلال القضاء على ما ينغص حياتهم وهو التصدي لكل أنواع الانحراف البشري مع وضع ضوابط لكبح جماح السلطات التنفيذية التي قد تضطر للقبض على أبرياء بزعم أنهم الجناة الحقيقيون وهو ما تناولناه في هذه الدراسة.
- وقد خصصنا معظم فصول هذا البحث لدراسة طرق الإثبات التي أقرها الفقه الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي وذلك بغرض إبراز ماهية كل دليل بصورة عامة، واستخلاص شروط صحته، واستظهار قيمته، ومدى ما

للقاضي الجنائي من سلطة في تقديره حتى يتسنى لنا معرفة إلى أي مدى يمكن أن تلتقي النظم الإجرائية الوضعية مع الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بهذا المجال موضوع هذا البحث.

- ونود أن نؤكد على قضية هامة أشرنا إليها في الفصل الأول: أننا لم نشأ أن نتناول طبيعة الإثبات في الشريعة الإسلامية في هذا المبحث التاريخي حتى لا يعتقد البعض أنها مجرد مرحلة تاريخية مثلها مثل بقية مراحل التطور قد نشأت ثم ما لبثت أن زالت لتبدأ مرحلة جديدة. هذا بالإضافة إلى أن الشريعة الإسلامية وإن لم تكن مطبقة في معظم البلاد إلا أن أحكامها باقية للتطبيق في كل زمان ومكان .. وهذا ما تأكد لدينا خلال تناولنا لطرق الإثبات الجنائي التي ناقشناها بحثاً وتنقيباً.
- وقد تناولنا طبيعة الإثبات في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، وخلصنا إلى أن النظم الإجرائية الوضعية عرفت ثلاثة نظم في الإثبات: الأول: نظام الإثبات القانوني أو المقيد: وفيه يحدد القانون الأدلة التي يجوز تحقيقها والاستناد إليها في الحكم. الثاني: نظام الإثبات المعنوي أو المطلق: وفيه يطلق المشرع للقاضي سلطة تقدير الدليل وحرية الاقتناع به. الثالث: النظام المختلط وهو وسط بين النظامين السابقين.
- وقد كشفت لنا هذه الدراسة مبدأ حرية القاضي في تقدير وسائل الإثبات للحكم بالإدانة من عدمه وناقشنا الاعتراضات

التـي أثارهـا بعض فقهـاء القـانون الوضـعي علـى هذا المبدأ. وتنـاولـت دراسـتنا للمـذاهب الفقهيـة التـي تكلمـت حـول مبـدأ حريـة القاضـي وسلطته فـي تقـدير الأدلـة المطروحـة عليـه. وواقع الأمر فإن مبدأ حريـة القاضـي فـي تقدير دليـل الإثبـات يعتبر من السمات المميزة للنظم الإجرائية الحديثـة، لكن هذه الحرية ليست على الإطلاق. وقد ترجح لدينا أن نظام الإثبات المختلط أقرب لتحقيق التوازن بين مصلحة المتهم، ومصلحة المجتمـع، فالقاضـي الجنـائي وإن كـان لـه مطلـق الحريـة فـي تكـوين اقتناعـه الجنـائي سـواء بالإدانـة أو بـالبراءة فإنـه مقيد بالضـوابط التـي وضـعها القـانون، وأنـه ملـزم بالاستناد إلـى الأدلـة المطروحـة فـي أوراق الـدعوى مـع ملاحظـة أنـه لا حريـة للقاضـي الجنـائي فـي الـدليل العلمـي الـذي يعتمـد علـى حقائق علمية ثابتة لكن له حرية تقدير الظروف والملابسات التي أحاطت بهذا الدليل.

- **وتنـاولنـا عـبء الإثبـات فـي الشـريعة الإسـلامية:** وقلنـا إن الفقهـاء المسلمين وضـعوا قاعدة عامـة فيمن يكلـف بالإثبـات وجعلوهـا أساسـاً فـي فـض المنازعـات، وهـذه القاعـدة هـي قـولهم: إن البينـة علـى المدعي واليمـين علـى من أنكر. وقد اسـتمدوا هـذه القاعـدة مـن الحـديث النبـوي: « الْبَيِّنَـةُ عَلَـى الْمُـدَّعِي وَالْيَمِـينُ عَلَـى الْمُـدَّعَى عَلَيْـهِ »690 وحـديث:« لَـوْ يُعْطَـى النَّـاسُ بِدَعْوَاهُمْ لاَدَّعَـى رِجَـالٌ دِمَـاءَ رِجَـالٍ وَأَمْـوَالَهُمْ

690 الدارقطني: علي بن عمر : سنن الدارقطني /تحقيق السيد عبدالله هاشم اليماني/دار المعرفة/بيروت /1386 ج4 ص157.

وَلَكِـنَّ الْبَيِّنَـةَ عَلَـى الطَّالِـبِ وَالْيَمِـينَ عَلَـى الْمَطْلُـوبِ »691 وحـديث: "الْبَيِّنَـةَ وَإِلاَّ حَـدٌّ فِـي ظَهْـرِكَ "692 وقـد خلصـت الدراسة إلى أننا نستطيع أن نقول البينـة علـى المدعي قاعدة عامة في كافة الحقوق المالية والجنائية وإذا كان الأصل العام في الإثبات في الشريعة الإسلامية (البينة على المدعي) فإنـه في الإثبات الجنائي أولى بالإتباع.

- وقلنـا إن التعريـف المشـهور لـدى فقهـاء الشـريعة عن البينـة: (هـي الشـهادة العادلـة التـي تؤيـد صـدق دعـوى المـدعي). وتـرجح لـدينا التعريـف المنصـوص عليـه فـي قـانون الإثبـات السـوداني: وقصـد بهـا أي وسـيلة إثبـات أو نفـي أي واقعـة متعلقة بدعوى أمـام المحكمـة. وخلصـنا إلـى أن هـذا التعريـف أدق ممـا قبلـه لأن البينـة أعـم مـن الشـهادة، فكـل شـهادة بينـة، وليس كل بينة شهادة.
- وكشف بنـا هذه الدراسـة إلـى النتيجـة التاليـة: أن قاعدة البينـة علـى المـدعي، قاعـدة عامـة تسـري علـى المـواد المدنيـة، والمواد الجنائية في الشريعة الإسلامية.. وبناء علـى ذلـك فمـا دامت النيابة العامـة هـي صـاحبة الإدعـاء فـإن عبـء الإثبـات يقـع عليهـا.. فكمـا أن الأصـل فـي القضـاء المـدني بـراءة ذمـة المدين، كذلك في القضاء الجنائي فإن المتهم يعتبر بريئاً حتى

691البيهقـي: أحمـد بـن الحسـين بـن علـي/السـنن الكبـرى/تحقيـق محمـد عبـد القـادر عطا/مكتبة دار ابن باز ـ مكة المكرمة ـ 141هـ /1994 ـ ج110 ص 252 .

692 البخاري: الحديث رقم 2671.

يقوم دليل على إدانته، وبالتالي لا يكلف بإقامة الدليل على براءة نفسه.

- **وتناولنا عبء الإثبات في النظم الإجرائية الوضعية وقلنا**: إن النيابة العامة عندما تقبض على شخص ما، وتوجه له أصابع الاتهام، ومن ثم تحيله إلى القضاء فإنه لزام عليها أن تثبت أن هذا الشخص المتهم هو الذي اقترف الجريمة، ويقع عليها عبء الإثبات لأنها تدعي خلاف الأصل؛ والأصل أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته.
- وتوصلنا إلى نتيجة مفادها: إن قاعدة البينة على المدعي تكاد تكون قاعدة عامة في كافة التشريعات الحديثة سواء في المواد المدنية أو المواد الجنائية، وفي ذلك تلتقي القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية في هذه القاعدة (البينة على المدعي) بل إن الشريعة الإسلامية قد سبقت التشريعات الحديثة بقرون طويلة، بل واستقت منها تلك التشريعات هذه القاعدة واعتبرته من أهم ضمانات العدالة.
- **وتكلمنا عن الإقرار في الشريعة الإسلامية** وعن حجيته وشروطه ومستند مشروعيته وتبين لنا من خلال هذه الدراسة أن الإقرار يعتبر من أقوى الحجج الشرعية على صحة ارتكاب الجريمة، لأن المقر أعلم من غيره فيما إذا ارتكبها أم لا؟ والمرء مؤاخذ بإقراره لوقوعه دلالة على المخبر عنه، حتى أن المدعى عليه إذا اعترف لم تسمع عليه الشهادة وإنما تسمع إذا أنكر، وعليه فمن أقر بالقتل قتل وإن لم تكن عليه بينة.

- **وكشف لنا هذه الدراسة عن نتيجة مفادها أن الإقرار لا يعتبر دليلاً في الإثبات إلا إذا اقتنع به القاضي** وهذا يتطلب أن يكون الإقرار قد توافرت فيه شروطه الشرعية. كذلك يجب على القاضي أن يتحقق من صدق الإقرار من الناحية الواقعية، إذ قد يصدر الإقرار مستوفياً شروطه من حيث الظاهر لكن في الحقيقة قد يكون نتيجة تواطؤ أو تضليل أو غرض آخر. فمثل هذه الإقرارات يجب التثبت في الأخذ بها، والعمل بموجبها وللقاضي مطلق الحرية في تقدير ذلك، والكشف عن البواعث الحقيقية لها، وعلى ضوء ما يتضح له يبني موقفه من قبول الإقرار أو رده. ومتى اطمأن القاضي إلى الإقرار وتحقق من جميع شروطه وكان متفقاً مع ما استخلصه من ظروف الدعوى، له أن يستند إليه وحده في الحكم على المتهم ولو لم يعزز بدليل آخر. وذلك استناداً إلى قوله صلى الله عليه وسلم:(واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها) وقد رجم النبي صلى الله عليه وسلم ماعزاً والغامدية والجهنية بإقرارهم. وفي هذا تتفق بعض النظم الإجرائية الوضعية مع الفقه الإسلامي في هذا الرأي حيث تنص المادة 271 من قانون الإجراءات الجنائية المصري: (وبعد ذلك يسأل المتهم عما إذا كان معترفاً بارتكاب الفعل المنسوب إليه، فإن اعترف جاز للمحكمة الاكتفاء باعترافه، والحكم عليه بغير سماع الشهود. وإلا فتسمع شهادة شهود الإثبات).

- وقد تناولنا شروط الإقرار في الشريعة الإسلامية بالتفصيل وتناولنا إقرار السكران وترجح لدينا الرأي القائل بعدم صحة إقرار السكران لعدم توافر الإدراك لديه، لأنه زائل العقل بالسكر فأشبه المجنون. لكن إذا لم يكن فقده للشعور والإدراك تاماً فلا يبطل اعترافه بل يؤخذ به كنوع من الاستدلال على اقترافه جريمة القتل العمد.
- **ضرب المتهم ليقر:** عند تناولنا للشرط الثاني للإقرار (أن يكون المقر حراً مختاراً) تناولنا قضية هامة جداً مثارة في النظم الإجرائية الوضعية الحديثة ومثار احتجاج من المنظمات التي تعنى بحقوق الإنسان: وهي: هل يجوز ضرب المتهم ليقر بالجريمة؟
- وقد كشفت لنا دراستنا عن تناول الفقهاء المسلمين لهذه القضية قبل النظم الإجرائية الحديثة وقد تمخض الخلاف بين فقهاء الفقه الجنائي الإسلامي: إلى اتجاهين:
- الاتجاه الأول: يشترط أن يكون الإقرار صادراً عن إرادة حرة، ولذا يجب استبعاد وسائل التأثير المختلفة لحمل المتهم على إقرار كالإكراه بالضرب أو أخذ المال.
- الاتجاه الثاني: يرى قبول الإقرار ولو كان نتيجة إكراه بالضرب أو بالسجن أو ما أشبه ذلك شريطة أن يخرج المتهم جسم الجريمة مثل أن يرشد المحققين إلى مكان جثة القتيل مثلاً.

- وتناولنا بالتفصيل أدلة كل فريق وتوصل البحث إلى نتيجة ترجحت لدينا: إلى تأييد الرأي القائل بعدم ضرب المتهم، وإن كان معروفاً بالفساد أو ما يطلق عليه أمنيا المسجل الخطر.. لأسباب عديدة ذكرناها في الشرط الثاني لإقرار المتهم ونخص بالذكر حديث هِشَامُ بْنُ حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ عَلَى أُنَاسٍ مِنَ الأَنْبَاطِ بِالشَّامِ قَدْ أُقِيمُوا فِى الشَّمْسِ فَقَالَ مَا شَأْنُهُمْ قَالُوا حُبِسُوا فِى الْجِزْيَةِ. فَقَالَ هِشَامٌ أَشْهَدُ لَسَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم- يَقُولُ « إِنَّ اللَّهَ يُعَذِّبُ الَّذِينَ يُعَذِّبُونَ النَّاسَ فِى الدُّنْيَا"[693] وقلنا إن هذا الحديث صريح في النهي عن تعذيب الناس سواء كانوا برءاء أو متهمين فكلمة (الناس) عامة تشمل كل الناس بدليل أن الصحابي هشام بن حكيم استنكر أن يعاقب الوالي هؤلاء الفلاحين من أهل الكتاب في الشمس لإجبارهم على دفع الجزية.. ولم يسأل هشام بن حكيم هل هم من أرباب السوابق أو من المماطلين في دفع الجزية؟! فبمجرد أن رآهم سأل عن شأنهم واستنكر أن يحبسوا هكذا في الشمس واعتبر أن ذلك نوعاً من التعذيب غير الجائز شرعا فقال على الفور بصيغة الجزم أشهد أني لسمعت رسول الله يقول إن الله يعذب الذين يعذبون الناس في الدنيا.. كما خلصنا إلى أن مبدأ سد الذرائع ضروري في إبطال أي إقرار يصدر عن المتهم نتيجة الإكراه لأن الغاية لا تبرر الوسيلة ولا يبنى صحيح على باطل.

[693] صحيح مسلم الحديث رقم: 6824.

- **وتناولنا مسألة إقرار الأخرس** وترجح لدينا: صواب رأي جمهور الفقهاء الذي يرى أن إشارة الأخرس المعلومة، وأن الإقرار بها صحيح. ومن باب أولى كتابته لأنها أقوى من الإشارة. لأننا إن لم نأخذ بمذهب الجمهور في هذا الشأن لتعطل إقامة العقوبات بالنسبة لهذه الطائفة لعدم إمكان تحصيل إقرارهم بألسنتهم العاجزة عن الكلام. كما أن انتشار مدارس ومعاهد متخصصة لتعليم الصم والبكم في وقتنا المعاصر يؤدي إلى وثوق المحكمة واطمئنانها من إقرار المتهم الأخرس وذلك في حضور مترجم خبير من المعاهد العلمية المتخصصة الموثوق بأمانتها لذلك نرى أنه يكفي أن يستعين القاضي بمترجم واحد سواء كان رجلاً أم امرأة باعتبار أن ما ينقله المترجم ليس شهادة بالمعنى الفقهي ، وإذا شك المتهم أو وكيله في أمانة المترجم فله أن يطلب من القاضي الاستعانة بمترجم آخر، ومن ثم بعد أن يقر المتهم الأخرس بالضوابط التي ذكرناها فإنه يعاقب بإقراره ويقتص منه في جريمة القتل العمد كما يقتص من المتهم الناطق سواء بسواء.
- **و تناولنا أول أدلة الإثبات وأقواها: الاعتراف أو الإقرار** وتكلمنا عن تعريف الإقرار في القانون الوضعي وعن دوافعه وشروطه. وقلنا إن الاعتراف طبقاً للمنظومة الوضعية: (هو إقرار المتهم على نفسه بصحة ارتكابه للتهمة

المسندة إليه، وهو سيد الأدلة وأقواها تأثيراً في نفس القاضي وأدعاها إلى اتجاهه نحو الإدانة)[694]

- **وتكلمنا عن حجية الاعتراف** وتقدير فقهاء القانون الوضعي لقيمته كدليل لإدانة المتهم، وتعرضنا لمذاهب الفقهاء في تقدير دليل الاعتراف وتساءلنا: هل يكفي الاعتراف وحده لتأسيس الحكم بالإدانة؟
- وتوصلنا إلى وجود اتجاهين: الأول: يرى أن مجرد الاعتراف المتهم لا يكفي ووحده لحمل القاضي على الإدانة، وأن الاعتراف بداية الإثبات ويجب لإتمام الاقتناع أن يضاف إليه أدلة أخرى، فهو دليل قولي غير محسوس لا يقطع بذاته بالإدانة.
- الاتجاه الثاني: فيرى أنه لا توجد قاعدة أو مبدأ يقرر أن الاعتراف لا يكفي وحده كدليل إدانة. فالقول بهذا يتعارض مع مبدأ حرية الاقتناع إذ يعني استبعاد دليل اقتنع به القاضي.
- ووصلنا إلى إنه بالمقارنة بين الاتجاهين السابقين نرى أن المحكمة متى تحققت من صحة الاعتراف وأعملت الشروط اللازمة لصحة هذا الاعتراف فإنه يحق لها أن تحكم بإدانة المتهم في هذه الحالة لأننا لو قلنا إن الاعتراف وحده لا يكفي في تسبيب الحكم بالإدانة فإن كثيراً من المتهمين المتقنين لتنفيذ جرائمهم سيفلتون من العقاب حتى لو اعترفوا أمام جهات التحقيق ومجلس القضاء.

---

[694] رؤوف عبيد (الدكتور): مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ـ دار

- وتـرجح لـدينا الاتجـاه الثـاني: الـذي يتفـق والفقـه الجنـائي الإسلامي الذي يكتفي باعتراف المتهم بعد التحقق من صحته كما أن الاتجاه الثاني صيانة للمجتمع من تلاعب محترفي الإجرام، لأن الرأي الأول بكل بساطة يمكن المجرم المحترف باقتراف جريمة القتل العمد وهو مطمئن أن جهات الضبط القضائي، وجهات التحقيق لن تضغط عليه كثيراً إذ يكفيه أن يعترف أنه قتل المجني عليه بدون ذكر السبب أو الباعث الذي دفعه على اقتراف جرمه مما يعجل بمحاكمته ومن ثم الحكم بإطلاق سراحه أو براءته!!
- وتكلمنا عن شروط الاعتراف في القانون الوضعي التي ناقشناها بالتفصيل وهي تكاد تتطابق مع شروط الإقرار في الفقه الجنائي الإسلامي.
- **وتكلمنا عن مدى جواز خداع المتهم** وهو (تلك الأعمال الخارجية التي يقوم بها الباحث أو المحقق لتأييد ما يدعيه من أقوال كاذبة للإيهام بصحة الواقعة أو الأمر المدعى به، وذلك بغية تضليل المتهم والحصول منه على اعتراف). وتبين لنا وجود نظريتين مختلفتين في مدى مشروعية خداع المتهم؟ النظرية الأولى: المدرسة اللاتينية:
- **وتتزعمه فرنسا** حيث يتجه القضاء فيها إلى رفض الإقرارات أو الاعترافات التي يكون قد تم الحصول عليها

الجيل للطباعة ـ مصر ـ ط16 - 1985م ـ ص696.

نتيجة إجراءات مشوبة بأي نوع من الخداع فيحكم دائماً ببطلانها، ولا يجوز الاستناد إليها.

- **النظام الأنجلو أمريكي:** وعلى العكس من ذلك القضاء الأمريكي حيث مازال يقبل الأدلة التي يتم الحصول عليها بطريقة الحيل والخداع، بشرط ألا يؤدي هذا الخداع إلى اعتراف مزور غير حقيقي، أو ينتج ذلك التصرف جريمة خاصة لها عقوبة محددة.
- وقد كشفت لنا هذه الدراسة على نتيجة مفادها: أن الفقه الجنائي الإسلامي قد سبق القوانين الوضعية الحديثة في الخلاف حول مدى مشروعية خداع المتهم حيث تبين لنا أيضاً وجود رأيين فق الفقه الإسلامي: هناك رأيان في الفقه الإسلامي الجنائي:
- الرأي الأول: يرى جواز التحايل على المتهم ليقر بالحق ويعترف به دون ضرب أو تعذيب له بأي نوع من أنواع التعذيب. الرأي الثاني: لا يجيز التحايل على المتهم أو غشه أو خداعه ليقر.
- ثم ترجح لدينا بعد المقارنة بين الرأيين السابقين صواب من قال بجواز الاحتيال على المتهم ليقر طالما لم يضرب المتهم أو يعذب أو يهدد في نفسه أو أهله أو ماله. وهذا الرأي يتفق مع النظام الأنجلوأمريكي الذي يقبل الأدلة التي يتم الحصول عليها بالخداع والحيل.

- **وقد كشفت لنا هذه الدراسة إلى نتيجة مفادها أن تحايل القاضي على المتهم ليقر ليس ظلماً ولا خذلاناً كما أنه ليس إكراهاً. وهذا ما نرجحه** وخاصة أن عدم استخدام هذه الأسلوب مع المتهم قد يضيع حقوق المجني عليه، وولي دمه في القصاص من الجاني، لأننا إذا أغلقنا باب التحايل على المتهم بزعم أن هذا نوع من الإكراه المبطل للإقرار فإن كثيراً من المجرمين ومحترفي الإجرام سيفلتون من العقاب لأننا نكون قد أعملنا صورة مثالية لإقرار المتهم إذن أنه لن يعترف في هذه الحالة إلا النزر القليل من المتهمين أصحاب الضمائر الحية، والأنفس الطيبة التي تأتي لتقر طواعية، لتكفر عن جرمها، كما أن استبعاد استعمال هذه الحيل قبل المتهم من قبل سلطات التحقيق وعدم التعويل عليها يتسبب في إهدار دماء أبرياء مع شيوع الجريمة وخاصة في وقتنا المعاصر.
- وتوصلنا من خلال هذه المقارنة بين (الإقرار في الشريعة الإسلامية وشروطه) و(الاعتراف في القانون الوضعي وشروطه) إلى وجود قدر من الاتفاق بين المنظومتين من حيث الشروط الواجب توافرها لصحة الإقرار أو الاعتراف. ونلاحظ أن فقه الجنايات الإسلامي لا يعتد بما يسميه القانون الوضعي قول متهم على متهم. كما أن الشريعة الإسلامية تكتفي باعتراف المتهم طالما تحقق القاضي من صحة إجراءات الاعتراف لأن الإقرار المبني على إجراءات باطلة يقع باطلاً.. لكن الشريعة الإسلامية لا تأخذ بنظرية أن

الاعتراف وحده لا يكفي؛ المعمول بها في الاتحاد السوفيتي (سابقاً) وكذلك في الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا.

- **وقد وصلنا إلى نتيجة مفادها أن الشريعة الإسلامية لا تأبى أن تستوعب التفصيلات التي ينص عليها القانون الوضعي نظراً لمرونة الفقه الجنائي الإسلامي** إذ لا تضع قائمة جامدة تحدد فيها ما يجوز من إجراءات جمع الأدلة وتقديمها وما لا يجوز بل إنها وضعت الأسس العامة، وتركت التفاصيل لولاة الأمر بغية تنظيمه بما يحقق التوازن بين حقوق الفرد وحقوق المجتمع.
- **وتناولنا موضوع الشهادة؛** تعريفها ومستند مشروعيتها وشروطها، وبعد إمعان النظر في تعريفات الشهادة استخلصنا التعريف التالي (الشهادة هي إخبار صادق ممن يقبل قوله في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق للغير على الغير).
- **وكشفت هذه الدراسة عن العدالة كشرط زائد عن شرط الإسلام،** وذكرنا آراء الفقهاء في تعريف العدالة وحدها وتعريفهم للمروءة وحدها وخلص البحث إلى أن العدل في الشرع: المرضي في أحكامه ودينه ومروءته، فالعدل في الأحكام أن يكون بالغاً عاقلاً حراً، والعدل في الدين أن يكون مسلماً مجتنباً للكبائر غير مصر على الصغائر، والعدل في المروءة أن يجتنب الأمور الدنية التي تسقط مروءته. وقلنا إن المروءة من يصون نفسه عن الأدناس ولا يشينها عند الناس.

- **وقد كشفت لنا هذه الدراسة عن تشدد فقهاء المسلمين في شروط الشاهد** الذي يجوز قبول شهادته لإثبات جريمة القتل العمد؛ حيث قال الطوسي:"العدل الذي يجوز قبول شهادته للمسلمين وعليهم، هو أن يكون ظاهره ظاهر الإيمان، ثم يعرف بالستر والصلاح والعفاف، والكف عن البطن والفرج، واليد واللسان، ويعرف باجتناب الكبائر التي أوعد الله تعالى عليها النار: من شرب الخمر والزنا والربا، وعقوق الوالدين، والفرار من الزحف وغير ذلك، الساتر لجميع عيوبه، ويكون متعاهداً للصلوات الخمس مواظباً عليهن، حافظاً لمواقيتهن، متوفراً على حضور جماعة المسلمين، غير متخلف عنهم إلا لمرض أو علة أو عذر"[695] .
- **وقد خلصنا إلى نتيجة مفادها أن الفقه الجنائي الإسلامي كان أكثر حزماً وتشدداً في قبول شهادة الشاهد من الشروط التي المنصوص عليها في القوانين الوضعية الحديثة** حيث يكفي في الشاهد ألا يكون مداناً في جريمة مخلة بالشرف، وسبب تشدد الفقهاء المسلمين في قبول شهادة الشاهد ووضع هذه الشروط الصارمة هو خطورة الشهادة إذ بموجبها لو قبلت سيترتب عليها إزهاق نفس قد تكون بريئة.
- وتوصلنا إلى نتيجة مفادها أن هذه الشروط الصارمة التي وضعها الفقهاء في وجوب أن يكون الشاهد عدلاً تأثر هذا

[695] الطوسي: النهاية ـ دار الكتاب العربي ـ بيروت ـ ص325.

الشرط من عصر لآخر فما كان مقبولاً في عصر لم يعد مقبول في عصر آخر كما ورد أن القاضي شريح لما رأى أحد الشاهدين كمه ضيقاً، فقال: احسر عن ذراعيك، فحسر فلم يستطع، فقال: ائتني بشاهد غير هذا"[696]

- فلو أنزلنا هذا الشرط على عصرنا لكان مثار اندهاش وربما سخرية من الناس، نظراً لتغير ملابس الناس في أزيائهم وأذواقهم عن العصور الإسلامية الأولى حيث لم يعد من المستساغ الآن ألا تقبل شهادة الشاهدة لأنه يأكل في الأسواق فالظروف تغيرت ولم يعد مصطلح العدالة الذي كان يطبق بصرامة في الماضي البعيد يناسب هذا العصر. وقد كشف البحث **كيف أن ابن أبي زيد المالكي نقلاً عن القرافي تفطن إلى هذا الشرط** فأفتى: "بأنا إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجوراً للشهادة عليهم، ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم لئلا تضيع المصالح. قال: ولئلا تهدر الدماء وتضيع الحقوق وتتعطل الحدود"[697]
- **وتكلمنا عن شرط الرجولة في جرائم القتل العمد.** وتساءلنا هل يشترط في الشهادة على جرائم القصاص أن يكون الشهود رجالاً؟ وهل يجوز قبول شهادة النساء مع الرجال أو منفردات؟ وقلنا: اختلف الفقهاء في الفقه الإسلامي حول إمكانية قبول شهادة النساء سواء كن منفردات أو مع الرجال، وتناولنا كل هذه الراء بالتفصيل.

---

[696] وكيع: أخبار القضاة ـ ج2 ص300.

- **وخلصنا إلى النتيجة التالية بخصوص شهادة النساء في جريمة القتل العمد**: حيث ترجح لدينا ما ذهب إليه أهل الظاهر والرواية الثانية لدى الإمامية من قبول شهادة النساء سواء كن منفردات أو كان معهن رجال في جرائم القصاص للأدلة التي استند إليها أصحاب هذا الرأي وخاصة أن هناك رأياً لبعض السلف كعطاء يجيز شهادة النساء في الحقوق كلها. ومما يدعونا إلى القول بهذا الرأي أن المجتمعات الآن خاصة الإسلامية لم تعد كما كانت في الماضي منغلقة؛ فالمرأة الآن تخرج وتزاحم الرجل ميادين كثيرة؛ في العمل وفي الأسواق وغيرهما. وكما نعلم من خلال متابعة ما يكتب وينشر عن جرائم القتل عبر وسائل الإعلام وغيرها أن الجاني عندما يفكر في ارتكاب جريمة عادة ما يختار أماكن معزولة وبعيدة عن العمران أو يستتر في ظلمات الليل حتى لا ينكشف أمره، وقد لا يتوافر فيمن يرى الجريمة في هذه الأماكن أو تلك الأوقات إلا امرأتان أو امرأة. فإذا أخذنا برأي الجمهور من وجوب أن يكون الشهود رجالاً أو برأي من يقول بجواز شهادة رجل وامرأتين فإن كثيراً من حقوق الناس ستضيع مما ينافي روح الشريعة الإسلامية. و أما عن تشدد جمهور الفقهاء في الشهادة احتياطاً للدماء وخوفاً من خطأ النساء عند أداء الشهادة، فإن هذا ممكن تحقيقه عن

---

[697] ابن فرحون: تبصرة الحكام ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ج2 ص26.

طريق تقدير القاضي الجنائي لصدق الشهود، وعدم صدقهم يستوي في ذلك الرجال والنساء.

- **أما عن شهادة الصبيان فقد خلصنا إلى ترجيح قول المالكية ومن وافقهم من الإمامية في جواز شهادة الصبيان** (ذكراناً وإناثا) في الجراح والقتل وذلك أن الشرع قد ندب "إلى تعاليم الصبيان الرمي والثقاف والصراع وسائر ما يدربهم على حمل السلاح والضرب والكر والفر وتصليب أعضائهم وتقوية أقدامهم وتعليمهم البطش والحمية والأنفة من العار والفرار ومعلوم أنهم في غالب أحوالهم يخلّون وأنفسهم في ذلك وقد يجني بعضهم على بعض فلو لم نقبل قول بعضهم على بعض لأهدرت دماؤهم وقد احتاط الشارع بحق الدماء حتى قبل فيها اللوث واليمين وإن كان لم يقبل ذلك في درهم واحد وعلى قبول شهادتهم تواطأت مذاهب السلف الصالح"[698] وإذا كانت العلة في جواز شهادة الصبيان الذكور في جريمة القتل العمد حتى لا تهدر دماؤهم فنفس العلة متوفرة في شهادة الصبيات الإناث إذ لو لم نأخذ بشهادتهم لأهدرت دماؤهن وخاصة أن هناك مدارس خاصة للبنات وهناك أماكن يجتمعن فيها بعيداً عن الكبار وقد يحدث أن يعتدين على بعضهن وتقتل إحداهن فإن لم نقبل شهادتهن على نفس الشروط والضوابط التي ذكرها العلماء ولا سيما سماع شهادتهن وهن مجتمعات وعلى مسرح الجريمة

[698] ابن القيم: الطرق الحكمية - ص133.

لأهدرت دماؤهن وهو ما يتنافي مع روح العدل الذي تنادي به الشريعة الإسلامية.

- **وأما عن الشهادة النقلية في جرائم القتل العمد وهو ما ما يسمى بالشهادة على الشهادة فقد خلصنا إلى نتيجة مفادها رجحان رأي الأحناف الذين لا يجيزون الشهادة على الشهادة في القصاص** والحدود درءاً للشبهات وصيانة للدماء، وفي هذه الحالة إذا اقتنع القاضي الجنائي بالشهادة النقلية في جريمة القتل العمد معضدة بقرائن أخرى فأرى ألا يحكم على المتهم بالقصاص درءاً للشبهة ولكن للقاضي أن يحكم على المتهم بالدية المقررة في الفقه الجنائي الإسلامي. وهذا الرأي يتفق مع بعض الأنظمة الإجرائية الوضعية الحديثة التي لا تجيز قبول الشهادة النقلية في جرائم القتل العمد.
- **أما عن قضاء القاضي الجنائي بعلمه الشخصي فقد ترجح لدينا الرأي القائل بعدم جواز أن يحكم القاضي استناداً إلى علمه الشخصي** بالوقائع المعروضة في جريمة القتل العمد وذلك لأن قضاء القاضي بعلمه الشخصي وإن كان مستساغاً في بعض الأزمنة خاصة في صدر الإسلام، فإن تجويزه في أيامنا أمر يصعب تصوره لأن الإيمان قد ضعف، ولأن كثيراً من الناس يضعون مصالحهم الشخصية في المقام الأول دون إقامة وزن لموقف الشرع وتعليماته حتى لو وجد بعض القضاة الأمناء ذوي السمعة الطيبة، لكن ماذا عساناً أن نفعل في قضاة المستقبل ونحن لا نعلم عنهم شيئاً، والاحتياط

لدماء الناس وأعراضهم وأموالهم أمر في غاية الأهمية لا يقبل التفريط أو التساهل. كما كشف البحث لو أننا لو أخذنا برأي من يرى جواز أن يقضي القاضي بعلمه الشخصي لكان هذا أشبه بما يسمى سرية الأدلة المعمول بها الآن في أمريكا وبريطانيا في قوانين مكافحة الإرهاب مع الفارق أن هذه الأدلة السرية معلومات استخباراتية تعرض على القاضي ولا يطلع عليها المتهم ولا حتى محاميه!! وهذا قريب الشبه من قضاء القاضي بعلمه لأنه سيحكم بدون إطلاع المتهم، ولا موكله على الأدلة، وسيكتفي بالنطق بالحكم فقط !! مما يضر بمركز المتهم وحقه في تفنيد الأدلة التي توجه ضده. ودرءاً للشبهات وسداً للذرائع فأرى ألا يقضي القاضي بعلمه الشخصي وله أن يتنحى عن نظر القضية ويحيلها لقاض آخر ثم يتقدم للشهادة كشاهد وليس كقاض كما هو معمول به في القوانين الوضعية الحديثة.

- **أما عن القسامة كطريق من طرق اثبات جريمة القتل العمد** فقد تناولنا تعريف القسامة وقلنا: (هي الأيمان المكررة في دعوى القتل التي لا يكون عليها دليل).وكشفت لنا هذه الدراسة عن وجود خلاف في الفقه الجنائي الإسلامي حول مشروعية القسامة، ويتبلور هذا الخلاف في اتجاهين أساسيين: الاتجاه الأول: يرى مشروعية القسامة. الاتجاه الثاني: ينكر مشروعية القسامة.

وبعد استعراض أدلة آراء الاتجاهين خلصنا إلى النتيجة التالية: صحة الرأي القائل بمشروعية القسامة:

- أولاً: للأدلة التي سيقت على ذلك، ولما للقسامة من أهمية بالغة في إثبات جريمة القتل في الوقت الذي تفتقر فيه إلى الأدلة الشرعية الأخرى.
- ثانياً: لو لم يعمل بالقسامة لهلكت أنفس واجترأ كثير من الناس عليها، وتحايلوا على القتل دون أن تمسهم عقوبة من الحاكم.
- ثالثاً: لذا شرعت القسامة حفظاً للأنفس، وصيانة لها من الهدر، وردعاً للمعتدين، فهي مانع رادع تمنع المجرم من ارتكاب جريمة القتل، فمها حاول التستر والتخفي فإن وسائل الإثبات لا تتعسر على أولياء المقتول فيضع في حسابه أنه لن يفلت من العقاب، ومن ثم تفتر همته في اقتراف جريمة القتل والتهجم على سفك الدماء.
- رابعاً: إذا كان في القصاص حياة للناس، فكذلك القسامة فإنها حياة للناس كما قال ابن شهاب الزهري لعمر بن عبد العزيز.
- **أما عن النتائج المترتبة عن القسامة فقد خلصنا إلى النتيجة التالية:**
- يترجح لدينا صواب رأي ما ذهب إليه الأحناف والشافعية ومن تبعهم من أن الذي يجب بالقسامة هو الدية لا القصاص للأسباب التي ذكروها ولأن القصاص حجة ضعيفة فلا توجب القصاص احتياطاً للدماء. كما خلص البحث إلى أن القسامة تشرع في الأماكن (مدن/قرى/قبائل صحراية أو جبلية/غابات/أطراف نائية يصعب الوصول إليها إلخ) التي

لا تتوافر فيها المعامل الجنائية الحديثة التي تستخدم وسائل الإثبات الجنائي كرفع البصمات، والحامض النووي (DAN) وغيرها من وسائل تساعد على كشف الجاني، لأن هذه الوسائل الحديثة ثبت أنها أدق في معرفة القاتل، لذلك أرى أن القسامة لا جدوى لها إذا كانت هناك معامل جنائية حديثة تستطيع أن تتعرف على الجاني بنسبة كبيرة جداً تريح كل الأطراف؛ أهل القتيل وأهل القاتل. وإذا وجد قتيل في مكان عام خاصة في المدن المكتظة بالسكان في عصرنا الحالي ولم يتوصل رجال البحث الجنائي إلى المتهم فأرى أن تدفع الدية لأهل القتيل من خزينة الدولة أو ما يسمى بيت المال حتى لا تهدر دماء الناس.

- **وأما عن اللوث** فقد تكلمنا عن تعريف وصوره لدى الفقهاء وقلنا إن اللوث هو أمارة يغلب معها الظن بصدق المدعي. أو هو العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه بالقتل. وبعد استعراض آراء فقهاء الإسلام في للوث خلصنا إلى النتيجة التالية:
- لقد اتفق معظم الفقهاء على اشتراط اللوث لوجوب القسامة إلا الأحناف فإنهم لم يشترطوا اللوث فمجرد وجود قتيل فهو على أهل المكان التي وجد فيها بشرط أن يكون به أثر كما قال السرخسي: "والقتيل عندنا كل ميت به أثر، فإن لم يكن به أثر فلا قسامة فيه ولا دية إنما هذا ميت، لأن حكم القسامة ثبت شرعاً في المقتول، والمقتول إنما مات حتف أنفه بالأثر، فمن لا أثر به فهو ميت فلا حاجة بنا إلى صيانة دمه عن

الهدر بخلاق من به أثر"[699] لكن كلام السرخسي إذا كان مقبولاً قديماً فإنه غير مجد في عصرنا الحالي حيث من الممكن أن تحلل جثة المتوفى يستطيع خبراء المعمل الجنائي التوصل إلى كيفية زهوق روح المتوفى؛ هل مات بالخنق أم بالسم أم مات موتاً طبيعياً. أما عن صور اللوث فنرى الأخذ بشهادة الشاهد العدل الواحد واعتباره لوثاً كما ذكر معظم الفقهاء وممكن الأخذ بشهادة غير العدول بشرط التواتر كما ذكر الحلي في شرائع الإسلام لأن هذا الشرط يتناسب وروح الشريعة وحتى لا يهدر دم برئ ومن ثم تضيع حقوق كثير من الناس.

- **أما وسائل الإثبات الحديثة كتقنية علمية لتحديد هوية الجناة:**
- فقد تناولت هذه الدراسة بصمة الأصابع، واستعراف كلب الشرطة المدرب على المتهم أو على جثة القتيل، ثم تكلمنا عن البصمة الوراثية.
- **أما عن بصمة الأصابع فقلنا** يعتبر علم بصمات الأصابع من الوسائل البوليسية الفعالة في مكافحة الجريمة قبل اكتشاف علم البصمة الوراثية. وقد خلصنا إلى نتيجة مفادها لو كانت هناك جريمة قتل عمد وكان الدليل الوحيد للتعرف على المتهم هو بصمات أصابعه مثلاً فنرى ألا يحكم القاضي بحكم الإعدام ويكتفي بالدية احتياطاً للدماء.

---

[699] السرخسي: المبسوط - مج13 ج26 ص102.

- **أما عن الكلب البوليسي**: فقد كشفت لنا هذه الدراسة إلى أي مدى تعتبر بينة الكلب في اقتفاء أثر المتهم بواسطة حاسة الشم بينة مقبولة في الإثبات. وقد خلصنا إلى النتيجة التالية: إن تعرف كلب الشرطة المدرب على الجاني قرينة ضعيفة جداً لأنه يعتمد على المدرب الذي قد يدرب الكلب مسبقاً على أي أثر من ملابس المتهم مثلاً فيسهل التعرف عليه، ومن ثم تقديمه للمحاكمة، فينبغي الحذر الشديد من تعرف الكلب البوليسي على الجاني أو الجثة لكنه قد يقوى إذا كانت هناك قرائن أخرى، يعتمد عليها القاضي الجنائي أكثر من قرينة تعرف الكلب البوليسي وعلى أية حال فنرى ألا يحكم بالقصاص على المتهم في جريمة القتل العمد بقرينة تعرف الكلب البوليسي على شخص المتهم سواء كان كانت هذه القرينة منفردة أو معضدة بقرائن أخرى طالما لم يعترف المتهم ولم يشهد شاهدا عدل فللقاضي أن يحكم بالدية المقررة في الشريعة الإسلامية.
- **أما عن البصمة الوراثية أو الحامض النووي DNA:**
- تناولنا تعريف البصمة الوراثية، وتعريف الحامض النووي، وتطبيقاته العملية في المجال الجنائي وتكلمنا عن المستند الشرعي للبصمة الوراثية كتقنية علمية حديثة في التعرف على هوية الجاني، **وكشفت لنا هذه الدراسة عن قرار المجمع الفقهي** في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من 21-1422/10/26 هـ الموافق من 5-2002/1/10 م الذي خلص إلى (لا مانع شرعاً من الاعتماد

علي البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي، ولا قصاص لخبر (ادرؤوا الحدود بالشبهات) وذلك يحقق العدالة والأمن للمجتمع، ويؤدي إلي نيل المجرم عقابه وتبرئة المتهم، وهذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة).

- كما **تناولنا توصيات المجلس الأوروبي** في 22 فبراير 1991م الذي وضع ضوابط للأخذ بالحامض النووي كدليل إثبات لدى المحاكم الجنائية.
- **وقد خلصنا إلى النتيجة التالية بخصوص البصمة الوراثية**:

بعد عرض الوسائل الحديثة للتعرف على هوية الجاني أرى أنها ثمرة من ثمار العقل البشري والتطور التاريخي الطبيعي للإنجازات العلمية للإنسان على مر العصور، وهذه الوسائل والمخترعات لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية إذ أن مقاصد الشريعة الإسلامية تحقيق مصالح الناس ومن هذه المصالح القضاء على الإجرام، واتخاذ كافة التدابير الاحترازية لاقتلاع جذوره وإذا كان المتيسر قديماً هو القسامة وقرائن أخرى كالقيافة وتتبع الجاني عن طريق بعض قصاصي الأثر من خلال خبرات بشرية بسيطة. وإذا كان القضاء قديماً يستأنس بها في أحكامه، فإن الوسائل العلمية الحديثة تعتبر أدق مثل بصمة الأصابع والحامض النووي ولذلك فإنني أرى أن هذه الوسائل العلمية الحديثة إذا تمت بضوابطها المتعارف عليها علمياً وتحت مراقبة أجهزة الدولة وبأمر قضائي وإشراف طبي، وبنفس الشروط و

الضوابط التي ذكرها قرار المجمع الفقهي والمجلس الأوربي فإنه لا حاجة لنا باللجوء إلى القسامة لأن القسامة في ذاتها حجة ضعيفة، وبصمة الأصابع وخاصة البصمة الوراثية (الحامض النووي DNA) أقوى منها وأدق في التعرف على هوية القاتل. لكن إذا ما تم اللجوء إلى الحامض النووي للتعرف على القاتل في جريمة القتل العمد فإنه ينبغي ألا تطبق عقوبة القصاص احتياطاً للدماء لأن هذه الوسيلة رغم تقدمها العلمي إلا أنها ليست مطلقة فمن الجائز نسبة الخطأ في نتيجة التحليل وإن كانت ضعيفة لذلك فللقاضي الجنائي أن يلجأ لعقوبة الدية في حالة إصرار المتهم على عدم الاعتراف، وعدم وجود شاهدي عدل لإثبات الجريمة.

- وفي الختام أتمنى أن أكون قد وفقت بحمد الله تعالى في عرض هذه الموضوع عرضاً وافياً ليستبين بجلاء لدى الباحثين أن الشريعة الإسلامية ليست جامدة، وأنها مناسبة لكل زمان ومكان، ومسايرة لواقعنا المعاصر. ولعلنا من خلال هذه الدراسة قد نكون قدمنا أنموذجاً فريداً على أصالة الفقه الجنائي الإسلامي وصلاحيته لأن يكون معيناً تستقى منه الأحكام والإجراءات الكفيلة للحد من تفشي الجريمة وشيوعها، وفي نفس الوقت استقرار المجتمع ونشر الأمن والأمان بين الناس وخاصة إذا ما تم عرض الفقه الجنائي الإسلامي عرضاً طيباً يليق به كأنموذج لمنظومة إسلامية متكاملة.

- وبعد كانت هذه أهم النتائج التي توصلت إليها في هذه الدراسة، ومن ثم يكون قد تم موضوعنا بفضل الله تعالى وتوفيقه، ولله الحمد والمنة.

مراجع الرسالة

مراجع الرسالة

حسب الترتيب الهجائي

اسم المؤلف	المرجع
ي: ناصر الدين	**(1): إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل** المكتب الإسلامي - بيروت ط1 1399هـ / 1979م. **(2): سلسلة الأحاديث الصحيحة** المكتب الإسلامي - بيروت - ط2 1399هـ /1979م. **(3): سلسلة الأحاديث الضعيفة** المكتب الإسلامي - بيروت - ط5 - 1405هـ 1985م. **(3): صحيح الجامع الصغير وزيادته (الفتح الكبير)** المكتب الإسلامي - بيروت - ط3 - 1408هـ /1988م. **(4): صحيح سنن ابن ماجه** مكتب التربية العربي لدول الخليج - ط2 - 1408هـ /1988م.

الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 1981م.	**م:** **محمود (د)**
جرائم الاعتداء على الأشخاص دار النهضة العربية/ القاهرة.	**م: حسين (د)**
سنن أبي داود الدار المصرية اللبنانية / القاهرة / 1408هـ / 1988م.	**ود** ن بن الأشعث (ت275هـ)
الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي دار الفكر العربي/ القاهرة.	**هرة: محمد** **13هـ/1974م)**
مبادئ تاريخ القانون دار الفكر العربي ـ القاهرة.	**الب: صوفي(د)**

لى: بن الحسين الفراء (ت458هـ):	**الأحكام السلطانية** تحقيق محمد حامد الفقي ـ مطبعة مصطفى بابي الحلبي وأولاده بمصر ـ ط2 - 1386هـ.
وشني: بن محمود بن الحسين الحنفي 63 هـ):	**جامع أحكام الصغار** تحقيق د. أبي مصعب البدري ومحمود عبد الرحمن ـ دار الفضيلة ـ القاهرة ـ بدون تاريخ الإصدار.
ي: ضل شهاب الدين السيد محمود 1هـ):	**روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني** دار إحياء التراث العربي/ بيروت/ بدون تاريخ الإصدار.
ـاري: أبــو يحيــى زكريــا **9هـ)**	**فتح الوهاب بشرح منج الطلاب** دار الفكر/بيروت/1414هـ.
ي الدم: الدين إبراهيم بن عبد الله (ت ـ)	**كتاب أدب القضاء** تحقيق محمد عبد القادر عطا ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ ط1 - 1407هـ/1987م.

طفيش: بن يوسف أطفيش	**شرح كتاب النيل وشفاء العليل** دار الفتح ـ بيروت.
أثير: ك بن محمد الجزري 60هـ)	**النهاية في غريب الحديث** تحقيق طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي ـ المكتبة العلمية ـ بيروت ـ 1399هـ.
جوزي: رج جمال الدين عبد الرحمن بن علي مد (ت596 هـ):	**زاد المسير في علم التفسير** دار الفكر/ بيروت.
طلاع المالكي: د الله محمد بن فرج (ت479هـ):	**أقضية رسول الله صلى الله عليه وسلم** تحقيق د. محمد ضياء الرحمن الأعظمي ـ دار الكتاب اللبناني ـ بيروت ـ ط2 ـ 1402هـ/1982م.
عربي: ر محمد بن عبد الله الإشبيلي المالكي 54هـ)	**أحكام القرآن** تحقيق: على محمد البيجاوي/ دار المعرفة/ بيروت/ 1407هـ / 1987م.
همام: **لدين محمد بن عبد الواحد (861هـ)**	شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي للميرغناني، ومعه شرح العناية

	للبارتي، وحاشية سعدي أفندي. دار الفكر/ بيروت/ بدون تاريخ الإصدار.
مية: بـن عبـد الحلـيم بـن عبـد السـلام (ت ـ)	**الفتاوى الكبرى** تحقيق: محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا - دار الكتب العلمية - بيروت .
جر العسقلاني: ن علي ت 852هـ:	**(1): الدراية في تخريج أحاديث الهداية** تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني/ دار المعرفة/ بيروت. **(2): تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير** تحقيق أبي عاصم حسن بن عباس - مؤسسة قرطبة - القاهرة - ط1 - 1416هـ/1995م. **(3): فتح الباري بشرح صحيح البخاري:** تحقيق عبد العزيز بن باز/ دار الفكر/ بيروت1414هـ / 1993م.
جر الهيثمي: دين علي بن أبي	**(1): تحفة المحتاج بشرح المنهاج** دار إحياء التراث العربي.

مكي (ت804هـ)	**(2): الفتاوى الكبرى الفقهية:** وبهامشه فتاوى العلامة شمس الدين الرملي دار الفكر ـ بيروت ـ 1403هـ / 1983م.
زم: حمد علي بن أحمد الظاهري (ت ـ)	**المُحَلّى بِالْآثَارِ** تحقيق: د.عبد الغفار سليمان البنداري / دار الكتب العلمية/ بيروت ط1404هـ / 1984م.
يق العيد: دين ابن دقيق العيد ت702هـ:	**إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام** تحقيق: أحمد محمد شاكر عالم الكتب/ بيروت
جب الحنبلي: رحمن بن شهاب الدين بن ن رجب ت 795هـ	**(1): القواعد في الفقه الإسلامي** مكتبة الكليات الأزهرية/ القاهرة. **(2): جامع العلوم والحكم** في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم تحقيق عامر الجزار وأنور الباز ـ دار الوفاء ـ المنصورة ـ ط1 ـ 1419هـ/1998م.
شد:	**بداية المجتهد ونهاية المقتصد**

بن أحمد بن رشد الشهير بابن (595هـ)	تحقيق رضوان جامع رضوان. مكتبة الإيمان/ المنصورة/ مصر.
وبان: بن سالم 1353هـ:	**منار السبيل** تحقيق عصام القلعجي ـ دار المعارف ـ الرياض ـ ط2 ـ 1405هـ.
ابدين: أمين بن عمرعبد العزيز ي (1252هـ):	**حاشية رد المحتار على الدر المختار** شركة مكتبة ومطبعة صطفى بابي الحلبي/ القاهرة/ ط2/ 1386هـ/1966م.
بد البر: ب بن عبد الله ت 463هـ:	**(1) التمهيد** تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري ـ وزارة الأوقاف ـ المغرب ـ 1387هـ. **(2) الكافي** دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ 1407هـ.
رنوس د بن محمد:	**تاريخ القضاء في الإسلام** المطبعة المصرية/ القاهرة.
طية: حمد عبد الحق بن غالب (ت541هـ)	**المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز** دار ابن حزم/بيروت/ط1/1421هـ/2002م.

رحون: ان الـــدين بـــن علـــي بـــن محمـــد ي(ت799هـ)	**تبصـرة الحكـام فـي أصـول الأقضـية و مناهج الأحكام** تحقيق الشيخ جمال مرعش ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ 1422هـ
امة: الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ي (620هـ):	**(1): المغني (مع الشرح الكبير):** دار الكتاب العربي/ لبنان/ ط3: 1403هـ /1983م. **(2): الكافي** (على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين الخرقي) تحقيق زهير الشاويش ـ المكتب الإسلامي ـ بيروت ـ ط2 ـ 1399.
م الجوزية: الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر 75هـ):	**(1) إعلام الموقعين عن رب العالمين** دار الكتب العلمية/ بيروت. **(2) الطرق الحكمية** دار الكتب العلمية/بيروت ط1415هـ/ 1995م.
ير: لدين أبوالفداء إسماعيل بن عمر (7هـ):	**تفسير القرآن العظيم** تحقيق: حسين زهران /دار الفكر /بيروت1408هـ/1988م.

فلح: حاق برهان الدين إبراهيم بن (884هـ):	**(1) الفروع** القاضي ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ ط1 ـ 1418هـ. **(2) المبدع** المكتب الإسلامي ـ بيروت.
ظور: ضل جمال الدين محمد بن مكرم هـ):	**لسان العرب** دار صادر/ بيروت ـ ط2 ـ 1388هـ.
جيم: دين إبراهيم المصري (ت 971هـ)	**(1) الأشباه والنظائر** **تحقيق عادل سعد** المكتبة التوفيقية ـ القاهرة **(2) البحر الرائق** دار المعرفة ـ بيروت.
ي: بن محمود 786هـ:	**العناية على الهداية** دار الفكر ـ بيروت.
ي: (المستشار)	**(1): الجرائم في الفقه الإسلامي** الشركة العربية للطباعة والنشر/مصر.

	(2): العقوبة في الفقه الإسلامي دار التراث العربي / بيروت / 1403هـ / 1983م.
ي: ر بن يونس بن إدريس (ت 1051هـ):	**(1) الروض المربع شرح زاد المستقنع** مكتبة الرياض الحديثة ـ الرياض ـ 1390هـ. **(2) كشاف القناع عن متن الإقناع** تحقيق هلال مصيلحي ومصطفى هلال ـ دار الفكر ـ بيروت ـ 1402هـ. **(3) شرح منتهى الارادات** عالم الكتب ـ بيروت ـ 1996م.
ي: سعيد رمضان (د)	**محاضرات في الفقه المقارن** دار الفكر المعاصر/ بيروت/ درا الفكر/ دمشق/ ك2/ 1401هـ /1981م
ي: ر أحمد بن الحسين بن علي 45هـ):	**السنن الكبرى** تحقيق: محمد عبد القادر عطا ـ مكتبة دار الباز/ مكة المكرمة ـ تاريخ النشر: 1414هـ/ 1994م.

ري: تقي جعفر:	**قضاء أمير المؤمنين علي بن أبي طالب** مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ـ بيروت ـ ط11 ـ 1413هـ/1992م.
ري: رحمن	**الفقه على المذاهب الأربعة** المكتبة التجارية الكبرى/ القاهرة.
اص: ر أحمد بن علي الرازي الحنفي هـ)	**أحكام القرآن** تحقيق مصطفى الصادق قمحاوي ـ دار إحياء التراث ـ بيروت ـ 1405هـ.
ة من علماء الهند.	**الفتاوى الهندية** دار الفكر ـ بيروت.
ري: الحسيني	**القضاء في الفقه الإسلامي** مجمع الفكر الإسلامي/قم/ط1/1415هـ.
لعاملي: بن الحسن (ت 1104هـ)	**وسائل الشيعة** مؤسسة آل البيت عليهم لإحياء التراث.
ى: د نجيب (د)	**(1): شرح قانون الإجراءات الجنائية** دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 1998م. **(2): مدخل للفقه الجنائي الإسلامي**

	دار النهضة العربية/ القاهرة.
ي: معروف	**المسؤولية الجزائية في الفقه الجعفري** المطبعة الحديثة/ لبنان.
ري: أحمد (د)	**علم القضاء - أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي** دار الكتاب العربي/بيروت/14406هـ/1986م.
ي: دين أبو بكر بن محمد بن عبد ن بن حريز الدمشقي 82هـ).	**كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار** تحقيق علي عبد الحميد أبو الخير ومحمو وهبي سليمان - دار الخير - دمشق / بيروت - ط4 - 1423هـ / 2003م.
ب: د الله محمد بن محمد بن عبد ن الطرابلسي ت 954هـ	**شرح الحطاب** علي مختصر خليل - **مواهب الجليل** شرح مختصر خليل - وبهامشه **التاج والإكليل** لمختصر خليل للمواق - مكتبة النجاح - طرابلس - ليبيا.
: اسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي	**شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام.**

هـ):	مؤسسة الوفاء ـ بيروت ـ ط3 ـ 1403هـ/1983م.
علي	**درر الحكام شرح مجلة الأحكام** تعريب المحامي فهمي الحسيني ـ دار الجيل ـ بيروت ـ ط1 ـ 1411هـ/1991م.
ي: بن عبد الله (1101هـ):	**(1) شرح مختصر خليل.** دار الفكر ـ بيروت. **(2) حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل** وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي ـ دار صادر ـ بيروت.
اف: أحمد بن عمر (26هـ)	**كتاب شرح أدب القاضي** وشرحه حسام الدين بن مازة المعروف بالصدر الشهيد المتوفى 536هـ تحقيق محي هلال السرحان ـ مطبعة الإرشاد ـ بغداد ـ ط1 ـ 1397هـ/1977م.
راوي: محمد(د)	*المسئولية الجنائية في الاعتداء على النفس وما دونها في الفقه الشافعي* دار التأليف/ القاهرة.

ساري: حمد	**جامع المدارك في شرح المختصر النافع** مكتبة الصدوق/طهران/ط2/1305هـ
قي: الدين محمد بن أحمد بن عرفة 1هـ)	**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** دار إحياء الكتب العربية.
ي: بن أبي بكر بن القادر (ت 666هـ)	**مختار الصحاح** دار الكتاب العربي/ بيروت /1401هـ /1981م.
رشيد (1354هـ)	**تفسير القرآن الحكيم المسمى تفسير المنار.** الهيئة العامة للكتاب/ القاهرة.
ي: حميد (د):	**القضاء الإداري بين الشريعة والقانون** دار الفكردمشق - ط1 - 1409هـ/1989م.
ي: محمد (د):	**تاريخ القضاء في الإسلام** دار الفكر المعاصر - بيروت/دار الفكر - دمشق - 1422هـ/1922م.
: طفى أحمد (ت 1420هـ)	**فتاوى مصطفى الزرقا** تحقيق مج أحمد مكي - دار القلم - دمشق - ط3 - 1425هـ/2004م.

ني: بن عبد الباقي بن يوسف (ت هـ)	**شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل** دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ 1411هـ.
: عبد الكريم (د)	**نظام القضاء في الشريعة الإسلامية** مؤسسة الرسالة بيروت/ ط3 / 1419هـ/ 1998م.
: عبد الكريم (د):	نظام القضاء في الشريعة الإسلامية مؤسسة الرسالة ـ ط3 ـ 1419هـ/1998م.
ي: الدين عبد الله بن يوسف ي (ت 762هـ)	**نصب الراية لأحاديث الهداية** تحقيق أيمن صالح شعبان ـ دار الحديث ـ القاهرة ـ ط1 ـ 1415هـ / 1995م.
: السيد	**فقه السنة** دار الكتاب العربي/ بيروت/ ط7: 1405هـ / 1985م
ن: عبد الحكم سيد	**اعتراف المتهم** دار الفكر الجامعي ـ الإسكندرية.
واري: عبد الأعلى الموسوي	**مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام** دار الكتاب الإسلامي/بيروت1412هـ.

ي: حسن تقي الدين علي بن عبد (ت 756هـ)	**فتاوى السبكي** دار المعرفة ـ بيروت ـ بدون تاريخ الإصدار.
سي: ر بن محمد بن أحمد بن أبي (ت 483هـ):	**المبسوط** تقديم الشيخ خليل الميس ـ دار الفكر ـ بيروت ـ ط1 ـ 1421هـ
: **فتحي (د)**	**الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية** ـدار النهضة العربية ـ القاهرة.
: فى (د)	**الأحكام العامة في قانون العقوبات** دار المعارف / القاهرة.
ي: ين الحسين بن محمد (ت ـ)	**النتف في الفتاوى** تحقيق صلاح الدين الناهي ـ مطبعة الإرشاد ـ بغداد ـ 1976م.
عبد العزيز	**الموسوعة الذهبية في الإثبات الجنائي** عبد الخالق ثروت ـ القاهرة
طي: الدين عبد الرحمن بن أبي ت911هـ):	**(1) الدر المنثور في التفسير المأثور.** دار الكتب العلمية/بيروت/ ط1/ 1411هـ / 1990م.

	(2) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية تحقيق محمد حسن محمد إسماعيل الشافعي ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ ط1 ـ 1419هـ/1998م.
ي: حسن (د)	**الجنايات في الفقه الإسلامي** دار الفكر العربي / القاهرة
ي: بن إدريس (ت204هـ):	**1- الرسالة** تحقيق أحمد محمد شاكر/ المكتبة العلمية / بيروت. **2- الأم** دار الفكر ـ بيروت ـ ط1 ـ 1422هـ ـ 2002م. **3- أحكام القرآن** تحقيق عبد الغني عبد الخالق/ دار الكتب العلمية/ بيروت 1400هـ /1980م
بني: الخطيب:	**مغني المحتاج** دار الفكر ـ بيروت.
راني: عبدالحميد	**حواشي الشرواني** دار الفكر ـ بيروت.

ت: د (شيخ الأزهر)	**الإسلام عقيدة وشريعة** دار الشروق/ لبنان.
طي: الأمين بن محمد المختار (ت ه):	عالم الكتب ـ بيروت. عالم الكتب ـ بيروت.
اني: بن علي بن محمد 125هـ):	**(1) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار** تحقيق أنور الباز ـ دار الوفاء ـ المنصور ـ 1421هـ **(2) فتح القدير** دار الفكر ـ بيروت. **(3) السيل الجرار** تحقيق محمود إبراهيم زايد ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ط1 ـ 1405هـ.
ازي: مكارم الشيرازي:	**الأمثل في تفسير كتاب الله المنزل** مؤسسة الفقيه/ بيروت.
وني: علي الصابوني:	**روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن** دار السلام للطباعة والتوزيع والنشر ـ القاهرة ـ ط 2 ـ 1417هـ.
: لعزيز(د)	**الشرق الأدنى القديم ـ الجزء الأول مصر والعراق**

	مكتبة الأنجلو المصرية ـ القاهرة ـ ط2 ـ 1976م.
ر: عبدالباقي (د)	**أدلة الإثبات والتكنولوجيا الحديثة** دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 2002م.
اني: بن إسماعيل ت 852هـ:	**سبل السلام شرح بلوغ المرام** تحقيق حازم على بهجت القاضي ـ دار الفكر ـ بيروت ـ 1415هـ/1995م.
بائي: محمد حسين الطباطبائي:	**الميزان في تفسير القرآن.** مؤسسة الأعلمي للمطبوعات بيروت.
سي: ضل علي بن الحسن	**مجمع البيان في تفسير القرآن.** مكتبة الحياة/ بيروت.
سي: النوري الطبرسي (ت هـ)	**مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل** تحقيق مؤسسة آل البيت لإحياء التراث/ بيروت ـ ط2 ـ 1409هـ /1988م.
ي: عفر محمد بن جرير 3هـ)	**جامع البيان عن تأويل آي القرآن.** دار الفكر/ بيروت / 1405هـ / 1985م
وي: عفر أحمد بن محمد	**شرح معاني الآثار** تحقيق: محمد زهرى النجار دار الكتب

32هـ)	العلمية/ بيروت/ 1399هـ.
لسي: الدين أبو الحسن علي بن خليل	**معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام.** مطبعة مصطفى الحلبي/ القاهرة / ط2: 1493هـ / 1973م.
ي: عفر محمد بن الحسن (ت)-	**1- التبيان في تفسير القرآن.** المطبعة العلمية/ النجف. **2- المبسوط في فقه الإمامية** المكتبة المرتضوية / إيران. **3- تهذيب الأحكام في شرح المقنعة** دار الأضواء/ لبنان. **4- الاستبصار فيما اختلف من الأخبار** تحقيق حسن الخرساني - دار الأضواء - بيروت. **(5) النهاية في مجرد الفقه والفتاوى** دار الكتاب العربي - بيروت - ط1 - 1390هـ/1970م.
ي: دين الجعبي العاملي ت ـ:	**الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية** دار العالم الإسلامي - بيروت
ستار:	**شرح قانون الإجراءات الجنائية**

ة (د)	دار النهضة العربية ـ 1986م.
لاه: (د):	**النظرية العامة للإثبات الجنائي** دار النهضة العربية ـ القاهرة.
ي: د بن يوسف بن أبي القاسم 89هـ)	**التاج والإكليل شرح مختصر خليل** دار الفكر ـ بيروت ـ 1398هـ.
ب (د)	**مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري** دار الجيل للطباعة ـ مصر 1985م.
ي: مواهب حسين بن محمد (من القرن الخامس الهجري):	**رؤوس المسائل الخلافية بين جمهور الفقهاء** تحقيق د.خالد بن سعد الخشلان ـ دار إشبيليا ـ الرياض ـ ط1 ـ 1421هـ/2001م.
ة: لبرلس (ت 957هـ)	**حاشية عميرة على شرح منهاج الطالبين** مطبعة مصطفى الحلبي.
: قادر(المستشار)	• **عبد القادر عودة (المستشار):** **(1) التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي**

	مؤسسة الرسالة/ بيروت/ ط7: 1406هـ / 1986م. **(2) الإسلام وأوضاعنا القانونية** المختار الإسلامي ـ القاهرة ـ 1977م.
ي: بن مسعود العياشي	**تفسير العياشي** مؤسسة الأعلمي/ بيروت.
ي: مد محمد بن محمد (505هـ)	**الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي** دار المعرفة ـ بيروت ـ 1399هـ /1979م.
زآبادي: ***دين محمد بن يعقوب (ت 817هـ):***	**القاموس المحيط** مؤسسة الحلبي/ القاهرة.
ي: جمال الدين القاسمي (ت 1332هـ)	**تفسير القاسمي المسمى محاسن التأويل.** تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي/ دار إحياء الكتب العربية الحلبي/ القاهرة.
ي: (د):	**نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي** دار النفائس ـ بيروت ـ ط4 ـ

	1403هـ/1982م.
: علي	**الأصـــول القضـــائية فـــي المرافعـــات الشرعية** مطبعة النهضة/ مصر.
ي: بن إدريس الصنهاجي (ت684هـ)	**(1) الفروق** وبهامشه إدرار الشروق على أنواء الفروق ـ لابن الشاط المتوفى 723هـ تحقيق خليل المنصور ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ ط1 ـ 1418هـ/1998م. **(2) الذخيرة** تحقيق محمد حجي دار الغرب ـ بيروت ـ 1994م.
بي: د الله محمد بن أحمد بن أبي بكر ـي (ت671 هـ)	**الجامع لأحكام القرآن.** تحقيق: د.محمد إبراهيم الحفناوي ود.محمود حامد عثمان/ دار الحديث/ القاهرة ط2: 1416هـ / 1996م.
راهيم (ت1386هـ/1966م)	**في ظلال القرآن الكريم** دار الشروق/ بيروت/ ط25/ 1417هـ / 1996م.

ي: رواس	**(1) موسوعة عمر بن الخطاب** مكتبة الفلاح ـ الكويت ـ ط1 ـ 1401هـ **(2) موسوعة فقه إبراهيم النخعي** مركز البحث العلمي بجامعة الملك عبد العزيز ـ ط1 ـ 1399هـ.
ي وعميرة: لبرلس وأحمد بن أحمد القليوبي	**حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلى على المنهاج** دار إحياء الكتب العربية/ بيروت.
ي: ن أحمد القليوبي ت1069هـ	**حاشية قليوبي على شرح منهاج الطالبين** مطبوع مع حاشية عميرة.
ري: بن عبد الله بن أمير ت978هـ:	أنيس الفقهاء تحقيق د. أحمد عبد الرزاق الكبيسي ـ دار الوفاء ـ جدة ـ ط1 ـ 1406هـ
ني: الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد هـ):	**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** دار الكتاب العربي/ بيروت / 1402هـ 1982م.

ني: ى محسن (ت1091هـ)	**تفسير الصافي** مؤسسة الأعلى للمطبوعات / بيروت.
تنا فاسديف:	**أحكام الإثبات في السودان** دار الجيل/ بيروت/ تعريب: هنري رياض وعبد العزيز صفوت/ ط أولى/ 1986م.
كاني: رضا الموسوي:	**كتاب الشهادات** تحقيق السيد على الميلاني ـ مكتبة سيد الشهداء ـ قم ـ ط1 ـ 1405هـ.
ي: حسنات محمد بن عبد الحي اللكنوي	**الفوائد البهية في تراجم الحنفية** تحقيق محمد بن بندر الدين أبو فراس النعاني ـ دار الكتاب الإسلامي.
ن أنس (ت173هـ)	**1ـ الموطأ** منشورات الآفاق الجديدة/ المغرب/ ط3: 1416هـ/ 1996م. **2ـ المدونة الكبرى** تحقيق أبو مالك كمال بن سالم ـ المكتبة التوفيقية ـ القاهرة

دي: سن علي بن محمد بن حبيب البصري 4هـ):	**(1) الأحكام السلطانية والولايات الدينية** تحقيق: عماد زكي البارودي/ المكتبة التوفيقية / القاهرة. (2) **أدب القاضي** دار الإرشاد/بغداد/ 1971م.
كفوري: عبد الرحمن نب عبد الرحيم 13هـ:	**تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي** تحقيق عصام الصبابطي ـ دار الحديث ـ القاهرة ـ ط1 ـ 1421هـ/2001م.
صاني: ي (د)	**1 ـ فلسفة التشريع في الإسلام** دار العلم للملايين/ بيروت/.1980 2 ـ **المجتهدون في القضاء** دار العلم للملايين/ بيروت/ ط2/ 1985م.
د: علي (د):	**الأركان المادية والشرعية لجريمة القتل العمد وأجزيتها في الفقه الإسلامي** دار الفكر والنشر والتوزيع / عمان / 1402هـ / 1982م.
:	**القضاء في الإسلام**

سلام (د):	المطبعة العالمية/ مصر.
أقارضا:	**كتاب القصاص للفقهاء والخواص** مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم / 1410هـ.
ضى: ن يحيى (ت 840هـ)	**البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار** دار المعرفة ـ بيروت ـ 1399هـ / 1979م.
وي: ن سليمان (ت885هـ)	**الإنصاف** تحقيق محمد حامد الفقي ـ دار إحياء التراث ـ بيروت.
صفاوي: صادق (المستشار)	**المرصفاوي في قانون الإجراءات الجنائية** منشأة المعارف ـ الإسكندرية.
: حمد (د):	القصاص والحدود في الفقه الإسلامي دار اقرأ ـ بيروت ـ ط3 ـ 1405هـ/1985م.
يد: أصغر	**سلسلة الينابيع الفقهية** دار التراث، الدار الإسلامية/ بيروت.

ـي: بن عبد الرحمن ت 954هـ:	**مواهب الجليل** دار الفكر ـ بيروت ـ 1398هـ
: جواد	**(1): شرائع الإسلام في القفه الجعفري** منشورات دار مكتبة الحياة/ بيروت. (2): **التفسير الكاشف** دار العلم للملايين / بيروت.
ـي: رحمن بن إبراهيم (ت624هـ).	**العدة شرح العمدة** تحقيق: عبد الرزاق المهدي / دار الكتاب العربي/ بيروت/ 1417هـ /1996م.
صادق (د):	**اعتراف المتهم** دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ 1996م.
: محمود (د)	**النظام القضائي في الإسلامي** مكتبة وهبة ـ القاهرة ـ ط1 ـ 1405هـ/1984م.
ي: عبد الرؤوف المناوي (ت 1031هـ)	**فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير** دار الفكر ـ بيروت ـ ط1 ـ 1416هـ

	/1996م.
ر: (المستشار)	**درر الحكام شرح مجلة الأحكام** تعريب المحامي فهمي الحسيني ـ دار الجيل ـ بيروت ـ ط1 ـ 1411هـ/1991م.
كيو: (ت 1755م)	**روح الشرائع** تعريب عادل زعيتر ـ دار المعارف ـ القاهرة ط1953.
ن: فاروق (د):	**مباحث في التشريع الجنائي الإسلامي** دار القلم/ بيروت.
ي: بن شعيب بن علي (ت 303هـ)	**سنن النسائي** بشرح الإمامين السيوطي والسندي تحقيق د.السيد محمد السيد وعلي محمد علي ـ دار الحديث ـ القاهرة ـ ط1 ـ 1420هـ/1999م.
وي: ن غنيم بن سالم بن مهنا	**الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني.**

112هـ).	دار الفكر / بيروت..
ي: كريا محيي الدين يحيي بن شرف هـ)	**(1): المجموع شرح المهذب** تحقيق: محمد نجيب المطيعي / مطبعة دار إحياء التراث/ بيروت / ط1 : 1415هـ / 1995م. **(2): روضة الطالبين وعمد المفتين** دار ابن حزم ـ بيروت ـ ط1 ـ 1423هـ/2003م **(3): صحيح مسلم شرح النووي** مكتبة العلم ـ القاهرة ـ ط1 ـ 1422هـ/2001م.
: مصطفى مجدي (المستشار)	**شهادة الشهود في المجالين الجنائي والمدني** دار الفكر والقانون/المنصورة/مصر.
ر محمد بن خلف بن حيان ت 306هـ	**أخبار القضاة** عالم الكتب / بيروت.
ورانت	**قصة الحضارة** دار الجيل/بيروت/1408هـ/1988م

أعمال المؤلف

أعمال المؤلف

كتب .. مقالات.. خطب

- كتاب القصاص.
- كتاب دور رفاعة الطهطاوي في تخريب الهوية الإسلامية.
- كتاب الصراع بين المؤسسات الدينية والأنظمة الحاكمة.
- العلمانيون وثورة الزنج .
- زنادقة الأدب والفكر.
- قراءة تحليلية لحركة التوابين.
- قراءة تحليلية في خلافة عبدالله بن الزبير.
- الإرهاب في المنظومة الغربية.
- يزيد بن معاوية وحكامنا عصرنا.
- الموريسكيون الجدد.
- الحصاد المر لشيخ الأزهر.
- الحركات الجهادية في العراق.
- تسريح الجيوش الشعبية ضرورة شعبية.
- قصة الجهاد.

- ثورة الشعوب العربية الرهان الخاسر.
- رهبان بالليل.
- مغازي ابن إسحاق.
- خليفة بن خياط ومنهجه التاريخي.
- كتب الأدب من مصادر السيرة.
- كتب التاريخ العام: الطبري أنموذجاً.
- سقوط الحضارة الغربية في جوانتانامو.
- مملكة القش.
- التاريخ الأسود لدويلات الطوائف قديماً وحديثاً.
- قرابين على عتبات المذبح الأمريكي.
- كارلوس مانديلا سلام وتحية.
- صلاح الدين الأيوبي المفترى عليه.
- السلطان الشاب محمد الفاتح العثماني.
- سيفٌ لم ينكسر(الظاهر بيبرس) .
- عبد الله بن ياسين ودولة المرابطين.
- أمير المسلمين يوسف بن تاشفين.
- عبد الرحمن الناصر والعصر الذهبي.
- فاتح الفتوح: موسى بن نصير.
- التراث والتجديد في فكر حسن حنفي.
- الإعلام والحركات الإسلامية.
- سلسلة مقالات عن مصادر السيرة النبوية 20

مقالة.

- ثمن المواطن لا يساوي ناقة.
- رسالة إلى عبد المأمور.
- القدس لنا.
- حكم قتل المسلم بالكافر.
- هل كان للأقباط دور تاريخي في مقاومة المحتل.
- حكم إمامة المرأة في الصلاة (بحث).

محاضرات وخطب:

- معركة الزلاقة..
- تفسير سورة هود (8 شرائط).
- تفسير سورة (يوسف 12 شريط).
- تفسير سورة القصص (8 شرائط).
- تفسير سورة إبراهيم. (8 شرائط).
- تفسير سورة المؤمنون (9 شرائط).
- تفسير سورة الحج (10 شرائط).
- تفسير سورة الأنبياء (10 شرائط).
- تفسير سورة الأحزاب (17 شريط).
- تفسير سورة الإنسان (شريطان).
- تفسير سورة الحجرات (4 شرائط).

- تفسير سورة القيامة (شريطان).
- شرح حديث (من عادى لي ولياً).
- المهدي المنتظر.
- المسيح الدجال.
- يأجوج ومأجوج.
- معركة هرمجدون.
- مقتل الخليفة المستعصم العباسي.
- سقوط بغداد قديماً وحديثاً.
- ابن الزبير والمعالجة الإعلامية.
- عمرو بن العاص والمعالجة الإعلامية.
- دلالة تحويل القبلة.
- رمضان شهر التربية.
- قصة بلعام بن باعوراء.
- السلطان نور الدين زنكي (4 شرائط).
- بيت النبوة.
- وفاة السيدة عائشة.
- توبة ثعلبة.
- توبة مالك بن دينار.
- جريمة الظلم.
- قصة الإفك.
- أهل الكهف.
- قصة العزير.

- قصة أصحاب السبت.
- معجزة الإسراء والمعراج.
- صاحب الجنتين.
- القومية العربية وآثارها.
- سحرة فرعون.
- معركة شقحب.
- فتح عكا.
- المؤامرة على الإسلام.
- وصايا لقمان.
- سلطان العلماء العز بن عبد السلام (شريطان).
- مأساة كشمير.
- قسوة القلوب (4 شرائط).
- أهل الصفة.
- الصبر.
- الغيبة والنميمة.
- فلسطين عبر التاريخ.
- الرجيع وبئر معونة.
- سرية ذات النخل.
- صلح الحديبية.
- غزوة الخندق.
- فتح مكة (شريطان).

- قصة أيوب عليه السلام.
- تاريخ أفغانستان.
- طول الأمل.
- فتح عمورية.
- معركة بدر (شريط فيديو).
- أبوبكر رضي الله عنه. (7 شرائط)
- عمر بن الخطاب رضي الله عنه(9 أشرطة).
- عثمان بن عفان رضي الله عنه.(4 أشرطة)
- علي بن أبي طالب رضي الله عنه.(6 أشرطة).
- صلاح الدين الأيوبي(9 أشرطة).
- تاريخ فلسطين.(شريطان).
- بنو قينقاع.
- بنو النضير.
- صور من الهجرة..(شريطان).
- تحطيم الأصنام في التاريخ الإسلامي.
- المصالح المرسلة وتحطيم الأصنام.
- العجب والكبر.
- جريمة اللواط وخطورتها.
- كبيرة شرب الخمر.
- عقوق الوالدين.

- تاريخ الزندقة (شريطان).
- حركة التوابين (شريطان).
- حسن الخق.
- أثر الذنوب والمعاصي.
- عبر من الإسراء والمعراج.
- كن في الدنيا كأنك غريب.
- احفظ الله يحفظك.
- تحويل القبلة.
- الأبرص والأقرع والأعمى.
- لا تغضب.
- الاستغفار والتوبة.
- آية المنافق.
- آداب رمضانية.
- حوار عما يسمى بالجماعات المعتدلة (شريان).
- شرح حديث (إني حرمت الظلم على نفسي).

Abstract

The International colleges of Islamic Science (London)

Abstract

Forms of evidence for the crime of murder in the Islamic shari’a and in codified law: a comparative study

A thesis for the obtainment of a doctoral degree

Prepared by
Hany Al-Sayed Al-Siba’i Youssef

Supervised by
Dr Abbas Muhajirani

1. Introduction to the thesis

The Islamic shari'a law led the way in establishing a complete system of criminal law, particularly with regard to crimes of murder, for Allah said:

> "*And we decreed for them in it that: the life for the life, the eye for the eye, the nose for the nose, the ear for the ear, the tooth for the tooth, and an equivalent injury for any injury. If one forfeits what is due to him as a charity, it will atone for his sins. Those who do not rule in accordance with GOD's revelations are the unjust*." (The Table: 45)

In view of the gravity of this kind of crime, and of the fact that because of it a soul of human being (the accused) will be lost, Islamic shari'a has established strict rules for the application of this punishment. Regarding the methods of establishing evidence, it has distinguished between the ways of establishing penalty crimes and other crimes, as this would give the accused more indemnity, besides the judicial

authorities have more ability to ensure respecting these rules and regulations.

Therefore the rulings related to blood-shedding (murder, etc.) are heeded carefully and implemented earnestly. Islamic shari'a does not leave any loophole permitting murder without filling it, nor any ploy to kill a person without blocking it, and does not let those souls without clear-cut rulings and regulations.

And even if confession is the supreme form of evidence, Islamic shari'a does not accept the confession of the accused without verification. Rather it places conditions for ascertaining the soundness of the confession to safeguard people's blood just as modern criminal codes have established rules for the confession of the accused. And we will attempt to look at the differences and similarities between the Islamic shari'a and the codified laws in cases of the firmest criminal evidence: the confession. The testimony of witnesses is considered to be strong evidence, and

the Islamic shari'a scholars "Fuqaha"' have been strict regarding the soundness of testimony accepted in cases; they have placed severe conditions on the acceptance of this testimony which confirms the crime and consequently the punishment. The conditions of testimony in the shari'a differ to great extent with the conditions stipulated and practiced in contemporary codified criminal codes.

This study confirms the preciseness of the Islamic shari'a and its vigilance in cases of murder, and how it is superior to codified laws that are negligent regarding evidence given in criminal courts, which do not implement shari'a law.

We do not omit to mention that modern science has discovered a number of techniques in establishing evidence with strong indications, such as fingerprinting and blood analysis, the use of police dogs which identify the accused through the sensitivity of their smell, as well recorded evidence (whether by audio or video cassettes or telephone recordings) and DNA.

The Islamic shari’a does not neglect the importance of the connection. It accords it much significance. It is known that a connection constitutes of a ‘known incident' from which an ‘unknown incident’ can be deduced, where the deduction is an intellectual imperative; this varies in its degree. However the question still remains: why is Islamic criminal jurisprudence so strict regarding establishing evidence in penalty crimes when there is nothing but the connection available? Put in another way, is a connection sufficient to prove the guilt of a person accused of murder? This is what we have addressed by examining the opinions of religious scholars on the subject. We will try to examine some contemporary forms of connection, and their authority in establishing intentional murder cases in both the Islamic shari’a and codified laws.

2. Aim of the thesis

The aim of this study is to highlight the merits of the Islamic shari’a and its superiority over modern

codified systems of law in the sphere of establishing evidence in murder cases. I will present clear and straightforward examples of the methods of establishing evidence which coincide and differ in the Islamic shari'a and the criminal laws of the codified systems. What we have confirmed in this study is that Islam is a complete and wide-ranging legislative system, covering every aspect of human life, from cradle to grave. Such truth is being ignored by modern codified laws have no clear method in deterring criminal deviance which is on the rise in contemporary societies.

3. Methodology

I have employed a comparative method, looking at the Islamic shari'a and the codified laws, and for that reason I have undertaken a study of relevant Quranic commentaries (interpretation reference books) and verses of the Qur'an that concern evidence in cases of murder. In addition I have studied dictionaries and linguistic sources which deal with important expressions and terms used in this research, for definitions of confession,

testimony, and oath. In the same way I have studied the opinions of many ulama' and scholars of the various schools (Hanafi, Imami, Shafi'i, Maliki, Hanbali, Zahiri, and others) in their books and original sources, as well as books of Comparative Jurisprudence both old and contemporary. I then looked at criminal legal procedures and commentaries by many of scholars of codified law, as well as books by legal scholars in the sphere of murder crimes and bodily harm, and ways of establishing the evidence and the guilt or innocence of the accused. These are all listed in the bibliography. I was fortunate to be able to look at many sources related to the subject of evidence, from which I have not quoted, but which have provided the background to this study. At the same time, during examination of many documents and books relating to subjects similar to this study, I did not come across any contemporary researchers who had written about the same subject, except for small amounts scattered in some books dealing with cases of hudud (crimes punishable by a pre-established punishment) and murder in a general sense.

I should like to point out that while I used a comparative methodology, looking at the Islamic shari'a and the codified systems of law, this does not mean that the shari'a derives its scientific value from its comparison with contemporary forms of codified law. Some might claim that whatever in the Islamic shari'a agrees with contemporary codified law indicates progress and development, and that which differs from it is a sign of backwardness. This is a non-scientific methodology that assumes that contemporary laws are the measuring stick of progress or backwardness, and assumes that it is the best example of a legal system – which is incorrect. The value of the Islamic shari'a can be measured by its being based on logic, by the values it embraces, and by what it aims to achieve. An objective study, and a demonstration of conclusions that have been applied where permitted, can confirm that that the shari'a is endowed with many positive elements; that is what has been established in the course of this study.

4. Structure of the thesis and what it covers

Part one: Historical foundations of criminal evidence

This section deals with the historical foundations of criminal substantiation, from ancient times, looking at primitive and tribal societies as well as urban societies in a variety of nations:

1) Historical foundations of criminal substantiation, divided into the following sections:
    a) Criminal substantiation in ancient primitive and tribal societies
    b) Criminal substantiation in ancient urban societies
    c) Criminal substantiation in Roman law
    d) Criminal substantiation in English law
    e) Criminal substantiation in Spanish law
    f) Criminal substantiation in French law
2) The nature of substantiation in the Islamic shari'a and in codified law
3) The burden of substantiation in the Islamic shari'a and in codified law

Part two: Confession

This section deals with confession, in its role as the supreme form of evidence and proof; we will discuss the definition of confession, how it gains its authority and legitimacy, and the conditions of its use in the Islamic shari'a. We will also look at confession in codified law, its definition and the conditions of its use. The section will be divided into the following parts:

1) Confession in Islamic criminal jurisprudence:
    a) Linguistic definition of confession
    b) Definition of confession in practice
    c) Authority of confession
    d) Legitimacy of confession
    e) Conditions of confession in the Islamic shari'a

2) Confession in codified systems of law
    a) Definition of confession in codified law
    b) Conditions of confession in codified law

Part three: Giving testimony (being a witness)

1) Definition of giving testimony

a) Definition of giving testimony in Arabic
b) Definition of giving testimony in Fiqh terminology
c) Proof of legitimacy of testimony

2) Conditions of giving testimony
   a) Islam
   b) Is it stipulated that the witness be a man?
3) Clear interpretation and intention of the testimony

   There are a number of questions connected to giving testimony, and they are as follows:
   a) Giving testimony to the witness
   b) Judgment of the Judge according to his personal knowledge

Part four: Oaths

Scholars (Fuqaha') define oaths as the oaths repeated in a case of murder in which there is no evidence. This section is divided as follows:

1) Definition of oaths
2) Legitimacy of oaths
3) Manner of taking oaths
4) Method of choosing those who will take oaths

5) Consequences of oaths

Part five: Libel

A number of Islamic religious scholars define libel as a sign where opinion prevails that the claimant is telling the truth.

This section will be in two parts:

1) Definition of libel
   a) Definition of libel linguistically and terminologically
   b) Forms of libel
2) Modern techniques of establishing the identity of a criminal
   a) Fingerprints and toe prints
   b) Recognition by a police dog
   c) Hereditary / DNA profile
   d) Special characteristics of a DNA profile
   e) Method of analyzing DNA
   f) Collection of DNA
   g) Use of DNA profiles in criminal law
   h) Position of DNA profiles in shari'a evidence

i) Decision agreed upon by Fiqh Assembly, Islamic World League in regard to DNA profiling
j) Position of the European Council on the use of DNA in criminal evidence

Results and conclusion

Including an extract of the most important conclusions reached in this study.

الفهر س والمحتويات

الفهر س والمحتويات

الفصل الأول

(التأصيل التاريخي للإثبات الجنائي)

الفصل الثاني

(الإقرار)

الفصل الثالث

(الشهادة)

الرأي الثاني:

الفصل الرابع

(القسامة)

الفصل الخامس

(اللــوث)





- الاسم بالكامل: هاني السيد السباعي يوسف
- من مواليد: القناطر الخيرية بجمهورية مصر العربية
- محام لدى محاكم امن الدولة العليا بمصر
- مدير مركز المقريزي للدراسات التاريخية
- عضو هيئة الدفاع في القضايا السياسية
- ساهم في تأسيس رابطة المحامين الاسلاميين
- عضو لجنة الشريعة الاسلامية بنقابة المحامين
- رئيس مجلس ادارة الجمعية الشرعية بالقناطر الخيرية بمصر سابقاً
- رئيس تحرير مجلتي الفرقان والبنيان المرصوص سابقاً
- المستشار التاريخي لمركز الدراسات الاسلامية بأستراليا
- كاتب متخصص في السيرة والتاريخ الاسلامي
- دبلوم في الشريعة الاسلامية
- ماجستير فلسفة قانون
- دكتوراه في الفقه المقارن
- كاتب في مجلة المحاماة التي تصدرها رابطة المحامين الاسلاميين
- كاتب في مجلة نداء الاسلام بأستراليا.